



**Marícia de Azambuja Fortes Missel**

**O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO NO SISTEMA  
LUSO-BRASILEIRO: ENTRE A RESERVA DA VIDA PRIVADA  
E A *PERSECUTIO CRIMINIS***

**Mestrado em Direito (Ciências Jurídico-Políticas)**

Trabalho realizado sob orientação da  
Professora Doutora Luísa Neto

Julho de 2013

## AGRADECIMENTOS

Muito embora uma dissertação de mestrado seja construída por um processo solitário, seria impossível não deixar registrado o meu "muito obrigado" a pessoas que me incentivaram e me apoiaram nesta trajetória. Início agradecendo aos principais motivadores do meio acadêmico, com quem aprendi muito, por terem me proporcionado as maiores alegrias profissionais nos últimos anos, pelas inquietações e discussões que exigiam desafios diários de pesquisa e leitura: meus queridos alunos da FADISMA. Ainda que não mais integre o banco da docência nesta instituição devo muito a mesma.

Aos colegas que lá deixei (mas que estarão sempre em meu coração) e que muito além do coleguismo de sala de aula se tornaram meus amigos, diminuindo as tensões pré-ida à Portugal: professores Bruno de Menezes, Daiane de Aguiar, Felipe Dias, Henrique de Azevedo, Igor Cezne, Jair Coitinho, Jorge Ledur Brito, Karen Guinot, Mário Cipriani, Maurício da Silva, Pietro Dal Forno e Viviane Coitinho, além do apoio direto com discussões e empréstimo dos livros dos professores: Carolina Suptitz, Clodoveo Ghidolin, Cristine Zanella, Luciane Dias e Olinda Barcellos. A vocês um intenso agradecimento e o meu registro eterno de admiração.

Agradeço também aos meus mestres portugueses, integrantes do quadro docente da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, a qual muito me orgulho de ter integrado como discente. Pela sapiência e pela enorme paciência de receber a nossa turma, pela qualidade das aulas e por toda a exigência despendida no decorrer dos dois anos de duração do curso.

Não há como não assentar o agradecimento aos colegas desta turma muito peculiar. Em especial aos "populares": Aline, Ana Karine, Bruno, Eugênio, Fernanda, Gerlena, Igo, Letícia, Pierre, Sabrina e Tayah. Pelo convívio, troca de saberes, experiências, auxílios, tira dúvida (nos momentos temerosos e antecedentes às provas), que fizeram os dias mais curtos, mais tranquilos e menos saudosos.

A minha orientadora...desafio tão grande quanto escrever esta tese será o de escrever em resumidas linhas a enorme gratidão e respeito que tenho pela senhora. Professora Doutora Luísa Neto, a quem já nos primeiros dias de aula identifiquei como a mestra a conduzir minhas inquietações e críticas que seriam (e foram) construídas nesta tese. Exemplo de profissional ética, didática, preocupada, respeitosa, de extraordinária inteligência e praticidade. Agradeço pela extrema rapidez nas correções e sugestões, em que este trabalho

somente se sustenta por causa da maestria de suas orientações. À senhora o mais sincero e profundo reconhecimento.

À minha família como sempre...que nunca me deixou sozinha...que sempre esteve do meu lado...que vibrou comigo cada item concluído. Que soube entender as ausências. Chegar até aqui só foi possível pelo conforto e carinho ofertado a minha pessoa. Agradeço minhas avós queridas - vó Celeste e vó Dengosa, pelo apoio e auxílio. Aos meus irmãos Márcia e Marcelo pela amizade, parceria, carinho, pela proteção, e por terem dado os maiores e melhores presentes que uma tia poderia receber, as minhas queridas: Isadora, Shayene, Tayane e ao meu novo sobrinho "agregado" Júnior. Ao meu sogro Cléo e minha sogra Romilda pelos agrados e por me acolherem como filha, assim como às minhas "cunhamãs" Josiane e Jóice.

Agradeço ao meu marido Josué...por tudo! Por ter descoberto o curso e por ter me cobrado esta qualificação, além de ter me apoiado logo nos primeiros meses de casada a realizá-lo. Quero dizer que tenho profunda admiração pela tua competência profissional, pela inteligência, pelo teu exemplo de homem de caráter, de lealdade, e bondade com os outros. Por ter agüentado todas as crises de nervosismo na execução dos trabalhos, eis que o tempo insistia em me desafiar, por me dar segurança de ficar mais de 10.000km de distância. Meu amigo, confidente, companheiro, minha segurança, minha fortaleza...A ti todo o meu amor e respeito.

Por fim, agradeço e dedico este trabalho aos meus amados pais, Dorothy e Maximo. Presentes em minhas orações, agradeço pela vida, pelos exemplos, pelos ensinamentos, pela confiança, por acreditarem nos meus sonhos, por nunca terem medido esforços em me auxiliar e apoiar. Por dividirem todos os momentos de angústias e alegrias. Por me mostrarem o caminho correto, por me darem segurança de ser e de agir. A ti minha mãe querida, te amo mais que tudo, e agradeço pelo apoio incondicional. És exemplo de dedicação, de bondade, de carinho, afeto, aconchego...(muita saudade). A ti meu pai...a quem tenho a honra de aprender e de discutir temas jurídicos. És minha fonte de conhecimento, pelas palavras certas, pela inteligência, pela partilha, pelo amor, não só de agora, mas de sempre. Por tudo que os senhores representam na minha vida...o meu carinho para sempre.

Ninguém prospera sozinho...sempre há alguém ao nosso lado. E Deus me oportunizou caminhar ao lado de pessoas maravilhosas como todos vocês. A todos o meu muito obrigado!

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>06</b>
<b>I O DIREITO FUNDAMENTAL DA RESERVA DA VIDA PRIVADA NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO E PORTUGUÊS: os paradigmas do princípio da não autoincriminação .....</b>	<b>07</b>
1. A reserva da vida privada enquanto direito fundamental: previsões constitucionais de Portugal e do Brasil .....	07
2. Um resgate histórico do princípio da não autoincriminação e sua aplicabilidade no sistema luso-brasileiro .....	20
3. A presunção da inocência como princípio do Estado de Direito e como direito do acusado .....	37
<b>II A PERSECUTIO CRIMINIS E A VERDADE REAL – limitações proporcionais da reserva da vida privada .....</b>	<b>54</b>
1. A (im)possível busca da verdade real no processo penal .....	54
2. A dignidade da pessoa humana como limitação do poder de punir .....	67
3. A proporcionalidade como resposta à tensão entre os limites investigatórios do Estado e a reserva da vida privada .....	79
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>89</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>92</b>

## RESUMO

O objetivo geral deste trabalho será contribuir para a melhor compreensão dos paradigmas travados no sistema luso brasileiro no que se refere a aplicação do princípio da proporcionalidade como fundamento da reserva da vida privada frente às investigações criminais do Estado. Na perspectiva dos direitos fundamentais, foi feita uma análise no que tange a reserva da vida privada, considerando a doutrina da *Privacy* e do *Right to be let alone*. Partindo desse pressuposto, espera-se ter evidenciado a relevância do princípio da não autoincriminação e do princípio da presunção da inocência na esfera subjetiva do acusado no processo criminal mas também como a utilização deste princípio pode ser feita em favor do Estado como fator de organização/legitimação do processo. Avaliou-se que o sujeito se utiliza do princípio da não autoincriminação para evitar intromissões indesejadas por parte do Estado, preservando assim seu direito fundamental. E, umas das principais conclusões desta pesquisa é que o melhor meio, ou a melhor forma de conciliar a tensão existente entre a direito da reserva da vida privada e o dever do Estado realizar a *persecutio criminis*, reside exatamente na concordância prática, ponderação casuística e proporcionalidade. Muito embora ao Estado seja dado poderes de investigação em busca de uma (mitológica) verdade real, a ele também são impostos limites de atuação, e esse limites centram-se na dignidade da pessoa.

**Palavras-Chave:** Direitos Fundamentais; Reserva da Vida Privada; Não-autoincriminação; Presunção da Inocência; Persecução Criminal; Verdade Real; Dignidade da Pessoa; Proporcionalidade.

## ABSTRACT

The overall goal of this work will contribute to a better understanding of the paradigms caught in Brazilian Portuguese system as regards the application of the proportionality principle as the foundation of private life in the face of criminal investigations of the state. From the perspective of fundamental rights, an analysis was made regarding the private life considering the doctrine of Privacy and the Right to be let alone. Based on this assumption, it is expected to have demonstrated the relevance of the principle of non-self-incrimination and the presumption of innocence in the subjective sphere of the accused in criminal proceedings but also the use of this principle may be made in favor of the State as a factor of organization / legitimacy of the process. It was found that the subject uses the principle of non-self-incrimination to avoid unwanted intrusions by the state, thus preserving their fundamental right. And one of the main conclusions of this research is that the best way or the best way to reconcile the tension between the right of private life and the duty of the State to carry *persecutio criminis* lies exactly in practical agreement, sample weighting and proportionality . Although the State is given powers of investigation in search of a (mythological) real truth, it is also imposed operating limits and boundaries that focus on the dignity of the person.

**Keywords:** Fundamental Rights; Booking of Private Life, Non-self-incrimination; Presumption of Innocence; Criminal Prosecution; Real Truth; Dignity of the Person; Proportionality.

## INTRODUÇÃO

Os direitos inerentes à pessoa humana passaram por uma vagarosa e gradual evolução histórica, sendo influenciados e construídos em decorrência de inúmeras transformações sociais, políticas, financeiras, econômicas, ideológicas, filosóficas e religiosas. Todos estes avanços e mudanças no pensar e agir dos seres humanos impuseram um *repensar* por parte daqueles que criam e aplicam o direito, quer sob o viés do indivíduo isolado ou na relação com os demais indivíduos, mas também sob o viés do indivíduo com o Estado.

Somos plateia de um aumento significativo da criminalidade, e não é a toa que os bancos acadêmicos e os setores públicos envolvidos possuem como carro chefe o tema segurança pública, exigindo do Estado um forte aparato policial para conter a violência e para proteger o cidadão, além da estruturação devida de um processo para que a lei penal seja aplicada.

Hodiernamente, vivenciamos uma nova era, uma nova época, porque não assim dizer, em que não mais se admite o autoritarismo estatal em detrimento do indivíduo. O direito à vida, à liberdade, à vida privada, ao patrimônio, etc., são alçados à categoria de direitos fundamentais, colocados em um elevadíssimo plano em que não se autorizam violações despropositadas e desenfreadas. Nesta importante perspectiva que o presente trabalho se propõe a enfrentar temáticas problematizadas (porém necessárias) do paradigma criado entre o privado e o público, entre a reserva da vida privada *versus* a persecução criminal.

Para tanto o inicial capítulo terá como propósito elucidar ao leitor importantes considerações a respeito dos direitos fundamentais nas terras brasileiras e portuguesas. Em especial ao tratamento conferido à proteção da reserva da vida privada. No decorrer desta pesquisa serão enfrentadas as nuances do processo penal na consagração do princípio da não autoincriminação, bem como trabalharemos a dicotomia do princípio da presunção da inocência como princípio do Estado de direito e como direito do acusado.

No segundo e último capítulo, buscaremos elucidar como os sistemas português e brasileiro regulamentam as investigações criminais, e se realmente é possível alcançar uma "verdade real" durante a persecução criminal. Veremos ainda que essa busca da verdade dos fatos acaba sendo restringida, já que aos Estados são impostos limites de atuação em relação aos direitos fundamentais consagrados nos textos constitucionais dos dois países citados, para finalmente recorrermos à proporcionalidade como uma via ou como uma resposta à tensão entre o poder investigatório do Estado e a proteção da reserva da vida privada.

# **I O DIREITO FUNDAMENTAL DA RESERVA DA VIDA PRIVADA NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO E PORTUGUÊS: os paradigmas do princípio da não autoincriminação.**

## **1. A reserva da vida privada enquanto direito fundamental: previsões constitucionais de Portugal e do Brasil**

As transformações sociais, filosóficas, religiosas, políticas e até mesmo econômicas foram propulsoras ao nascimento dos direitos fundamentais. Há registros na Antiguidade, na Idade Média, mas destacamos como um dos mais relevantes, e marco do constitucionalismo, a Carta do João sem Terra (1215), em que eclodiram alguns Direitos Fundamentais<sup>1</sup>, como por exemplo, o direito a liberdade e à propriedade privada.

Nesse cenário, a Inglaterra por meio do "*rule of law*" autoriza um alargamento desses direitos, sujeitando todos, inclusive e especialmente as autoridades, "ao império do Direito, ou ao Estado de Direito como limitação do poder"<sup>2</sup>. Além da importância da *Petition of Rights* (1628) que reconhecia direitos e liberdades para os súditos do Rei, e *Bill of Rights*<sup>3</sup> (1689) que submetia a monarquia à soberania popular, transformando-a numa monarquia constitucional. Inegável peso ainda é o atribuído às Revoluções Liberais dos séculos XVII e XVIII, com especial destaque à Revolução Francesa e à Independência dos Estados Unidos que contribuíram para uma expansão de direitos a nível mundial, permitindo a inclusão dos direitos fundamentais nos diversos textos constitucionais. Direitos que são suscetíveis todos os seres humanos, viabilizando a realização da dignidade da pessoa (expoente máximo de um Estado Democrático de Direito).

Os direitos fundamentais são "[...] direitos e garantias do ser humano que têm por finalidade básica o respeito da sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da

---

<sup>1</sup> Como se observa, na redação do seu art. 39º, em que '*nenhum homem será detido ou sujeito a prisão (...) senão em julgamento regular pelos seus pares*'.

<sup>2</sup> Claudio Stábile RIBEIRO, *A proteção à vida privada como direito fundamental*. Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá. Universidade de Cuiabá – UNIC. Faculdade de Direito. Vol. 4, nº 1, Cuiabá: Edunic, janeiro/junho 2002, p. 31.

<sup>3</sup> Surgida no Reino Unido e traduzindo para o português em "Carta" ou "Lista de Direitos", era a Declaração de Direitos, proposta de lei, aprovada pelo Parlamento britânico em 1689.

personalidade humana"<sup>4</sup>. Não há como existir direitos fundamentais sem haver um Estado, ou pelo menos uma comunidade política integrada<sup>5</sup>. Jorge Miranda<sup>6</sup> preceitua que:

*"Por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material".*

Mas de nada adiantará a doutrina dos direitos fundamentais se estes não puderem ser efetivos, caso contrário, passaria a não ter efeito algum os regramentos. Cabendo aos cidadãos a defesa e a luta dos mesmos e aos Estados a proteção e punição quando violados, sob pena de retrocesso político, social e humanístico.

Direito à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva de intimidade da vida privada e familiar e à identidade genética são designados como *"direitos de existência"*, em que o sujeito passa a exigir a tutela dos bens essenciais da sua existência contra qualquer comportamento ofensivo desses bens<sup>7</sup>. Assevera Canotilho<sup>8</sup> que:

*"Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)".*

Ora, das várias funções exercidas pelos direitos fundamentais, como bem cita Canotilho<sup>9</sup>: "função de defesa ou de liberdade, função de prestação social, função de protecção perante terceiros, função de não discriminação", enfatiza-se a primeira, como sendo a "defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado (e de outros esquemas políticos coactivos)".

Através da perspectiva garantista do Estado Democrático de Direito é necessário que "esse conjunto de elementos seja igualmente protegido; caso contrário, cair-se-ia numa situação de ant-democracia, de coerção através de desmoralização pessoal, ou seja, num verdadeiro Estado policial"<sup>10</sup>. Mesmo porque os direitos fundamentais são "pressupostos

---

<sup>4</sup> Conforme Claudio Stábile RIBEIRO (2002), ob. cit., p. 32.

<sup>5</sup> Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, Direitos Fundamentais. 4. ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 10.

<sup>6</sup> Jorge MIRANDA (2008), ob. cit., p. 09. Na visão do autor - *idem*, p. 11-, há de entender ainda por direito fundamental *"toda a posição jurídica subjectiva das pessoas enquanto consagrada na Lei Fundamental"*.

<sup>7</sup> Jorge MIRANDA (2008), *ibidem*, p. 91.

<sup>8</sup> José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 408.

<sup>9</sup> José Joaquim Gomes CANOTILHO (2010), ob. cit., p. 407.

<sup>10</sup> Paulo Napoleão Nogueira da SILVA, *Direitos Fundamentais*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. Ano 11, nº 22. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/dezembro 2008, p. 254.



elementares de uma vida humana livre e digna", não só para o indivíduo, como reporta Vieira de Andrade<sup>11</sup>, mas também para a comunidade.

Vislumbra-se que os "direitos fundamentais não garantem apenas *direitos subjetivos*, mas também *princípios objetivos básicos* para a ordem constitucional democrática do Estado de Direito"<sup>12</sup>. Diante dessa extensão, a teoria moderna dos direitos fundamentais reconhece essa dupla dimensão<sup>13</sup>, ou "dupla natureza", ou "duplo caráter" ou "dupla função" (em qualquer dos casos, subjetiva e objetiva, individual e comunitária) dos direitos fundamentais<sup>14</sup>, uma vez que podem ser "qualificados tanto como *posições jurídicas subjetivas* essenciais de proteção da pessoa, como *valores objetivos* básicos de conformação do Estado Constitucional Democrático de Direito"<sup>15</sup>, manifestando-se, todavia, ora como "*limites objetivos de racionalização do poder e como vetor para a sua atuação*"<sup>16</sup>.

Essa primeira perspectiva focaliza no sujeito, gerando direitos subjetivos aos seus titulares, os quais autorizam a cobrança de comportamentos sejam ativos ou negativos dos destinatários. Nas explicações de Ingo Wolfgang Sarlet<sup>17</sup>, percebemos claramente, que ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado), numa verdadeira relação trilateral, como obtempera Canotilho<sup>18</sup>, entre o titular, o destinatário e o objeto do direito.

O jurista brasileiro José Afonso da Silva<sup>19</sup> afirma que os direitos fundamentais do homem-indivíduo, reconhecidos pela autonomia dos particulares, acabam por garantir a "iniciativa e a independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política

---

<sup>11</sup> José Carlos Vieira de ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2012, p. 108.

<sup>12</sup> Cristina QUEIROZ, *Direitos Fundamentais. Teoria Geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, julho 2010, p. 39.

<sup>13</sup> No artigo de Osvaldo Ferreira de CARVALHO (In *A supremacia dos direitos fundamentais no Estado Constitucional*. [Consult. 31 Jan 2013]. Disponível em: WWW:<[http://www.conpedi.org.br/anais/36/15\\_1065.pdf](http://www.conpedi.org.br/anais/36/15_1065.pdf)>), há informação de que essas dimensões objetivas e subjetivas dos direitos fundamentais tenham sido delineadas na decisão de 1958, no caso *Lüth*, pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), muito evocada em doutrina e jurisprudência alemãs, segunda a qual os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.

<sup>14</sup> José Carlos Vieira de ANDRADE (2012), ob. cit., p. 108.

<sup>15</sup> Osvaldo Ferreira de CARVALHO, *A supremacia dos direitos fundamentais no Estado Constitucional*. [Consult. 31 Jan 2013]. Disponível em: WWW:<[http://www.conpedi.org.br/anais/36/15\\_1065.pdf](http://www.conpedi.org.br/anais/36/15_1065.pdf)>.

<sup>16</sup> *Idem*.

<sup>17</sup> Ingo Wolfgang SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 178.

<sup>18</sup> José Joaquim Gomes CANOTILHO (2010), ob. cit., p. 1254.

<sup>19</sup> José Afonso da SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2004, p. 190.

e do próprio Estado". Adverte-se porém, que os direitos fundamentais não podem ser apurados exclusivamente sob a ótica das posições subjetivas conferidas a seus titulares (e nesse sentido eles são autênticos direitos subjetivos), mas também sob o enfoque da construção de situações jurídico-objetivas que concorram para o atendimento das expectativas por eles fomentadas<sup>20</sup>.

Esse *sistema de direitos fundamentais*, como denomina Vieira de Andrade, autoriza afirmar que os direitos fundamentais servem como garantias de defesa do sujeito contra eventuais abusos estatais, como também (e aqui a dupla dimensão) valores e elementos fundamentais de uma ordem constitucional. Ou seja, como direitos subjetivos, conferem aos seus titulares a prerrogativa de *exigir* os seus interesses perante os órgãos estatais ou perante qualquer outro eventualmente obrigado, que se contraem do *dever jurídico* de satisfazê-los, sob pena de serem acionados judicialmente. Enquanto elementos objetivos da ordem constitucional, os direitos fundamentais formam a base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito<sup>21</sup>.

Nos dizeres de Peter Häberle<sup>22</sup>: "No Estado de prestações, o direito objectivo jusfundamental relevante *vai a frente* do direito (fundamental) subjectivo. Existem mandatos constitucionais ('princípios') de *uso do direito fundamental* aos quais (ainda) não corresponde nenhum direito subjectivo público".

Forçoso concluir nessa perspectiva que:

*"Em razão dessa implicação, o exercício dos direitos subjetivos pelo indivíduo está sujeito ao seu reconhecimento pela comunidade da qual faz parte, de modo que é plenamente justificável e legítima, com base nessa dimensão axiológica objetiva dos direitos fundamentais, a imposição de restrições aos direitos subjetivos individuais ante os interesses superiores da comunidade, e até a limitação do conteúdo e alcance desses direitos, desde que preservado o núcleo essencial destes, ou seja, seu conteúdo mínimo"*<sup>23</sup>.

A doutrina ainda menciona o *dever de proteção* do Estado nessa dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Incumbindo a este o zelo e a proteção efetiva dos direitos contra ofensas do poder público (plano vertical) ou até mesmo de particulares (plano horizontal). Nesse reconhecimento do caráter duplo dos direitos fundametais, Cristina Queiroz<sup>24</sup>, citando

---

<sup>20</sup> Dirley da CUNHA JÚNIOR, *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2008, p. 590.

<sup>21</sup> Gilmar Ferreira MENDES, *Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 10, p. 2, jan. 2002. [Consult. 30 Jan 2013]. Disponível em: WWW:<<http://www.direitopublico.com.br>>.

<sup>22</sup> Peter HÄBERLE, *Die Verfassung des Pluralismus*, p. 201, *apud* Cristina QUEIROZ (2010), ob. cit., p. 115.

<sup>23</sup> Conforme Osvaldo Ferreira de CARVALHO, A supremacia dos direitos fundamentais no Estado Constitucional. Disponível em [http://www.conpedi.org.br/anais/36/15\\_1065.pdf](http://www.conpedi.org.br/anais/36/15_1065.pdf), acesso em 31 de janeiro de 2013.

<sup>24</sup> Cristina QUEIROZ (2010), ob. cit., p. 115.

Denninger, discorre que eles se transformam em deveres de ação do Estado, ou em tarefas estaduais, a desenvolver normativamente pelo poder legislativo e pelo poder judicial. Em que "essa incumbência converge na obrigação de o Estado adotar medidas positivas de diversas naturezas (por exemplo, por meio de proibições, injunções concretas, autorizações, medidas legislativas de natureza penal, processual, procedimental etc.)" <sup>25</sup>.

Este caráter jurídico-objetiva dos direitos fundamentais autoriza uma formatação do direito organizacional e procedimental que auxilia no processo de efetivação da proteção dos direitos fundamentais a fim de evitar os riscos de uma redução do significado do conteúdo material deles<sup>26</sup>. Há de considerar, nesse contexto, a íntima vinculação entre direitos fundamentais, organização e procedimento, no sentido de que os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo e de certa forma, dependentes da organização e do procedimento (no mínimo, sofrem uma influência da parte destes), mas simultaneamente também atuam sobre o direito procedimental e as estruturas organizacionais<sup>27</sup>. Conclui Vieira de Andrade<sup>28</sup> que essa gama de direitos fundamentais consagrados nas constituições dependem de um procedimento e pressupõe uma organização.

É sem dúvida, um avanço na operatividade dos direitos fundamentais, na medida em que as existências destes direitos enquanto categorias dogmáticas não representam apenas a exigência de que o Estado não viole determinadas posições jurídicas, mas também que ele se obrigue a perseguir a realização de valores objetivos que estão dispostos e determinados, com grau de vinculatividade, no corpo constitucional<sup>29</sup>.

O Estado sempre desempenhou a "função protetora relativamente às liberdades e aos bens jurídicos pessoais, quer garantindo a segurança pública, quer perseguindo criminalmente quem atentasse contra os direitos das outras pessoas (defendendo assim bens como a vida, a integridade física, a propriedade, etc)"<sup>30</sup>. Passando a ser exigido do Estado a garantia de um mínimo adequado, *princípio de proibição de déficit (Untermaberbot)*, que na situação

---

<sup>25</sup> Ingo Wolfgang SARLET (2007), ob. cit., p. 175.

<sup>26</sup> Catarina BOTELHO (In *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais. Avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional*. Coimbra: Almedina Editora, janeiro 2010, p. 76), adverte que não bastam meras prescrições normativas para garantir a efetividade dos direitos fundamentais, depende sim de um conjunto de mecanismos processuais que garantam a proteção máxima através da sindicabilidade judicial.

<sup>27</sup> Ingo Wolfgang SARLET (2007), ob. cit., p. 176.

<sup>28</sup> José Carlos Vieira de ANDRADE, (2012), ob. cit., p. 141.

<sup>29</sup> Ney de Barros BELLO FILHO, *A Dimensão Subjetiva e a Dimensão Objetiva da Norma de Direito Fundamental ao Ambiente*. [Consult. 22 Jan 2013]. Disponível em: WWW:<[http://ambientepleno.com.br/main\\_online\\_frame.php?home=artigos&secao=1&page=/main\\_artigos\\_in dex.php?PID=195320](http://ambientepleno.com.br/main_online_frame.php?home=artigos&secao=1&page=/main_artigos_in dex.php?PID=195320)>.

<sup>30</sup> José Carlos Vieira de ANDRADE (2012), ob. cit., p. 138.

concreta (casos de colisão ou de conflito) acaba por pautar-se a uma *proteção* de direitos de maneira proporcional, ponderando-se bens ou valores<sup>31</sup>.

Diante dessa dupla dimensão e, de todo o rol previsto na referida temática, é que o presente trabalho foca, de uma maneira especial, na *proteção* do direito à vida privada<sup>32</sup>. Nesse viés, inicialmente, relembram-se importantes fatos/documentos internacionais que garantiam essa proteção da vida priva, começando com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)<sup>33</sup>, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950)<sup>34</sup>, o Pacto Internacional sobre Direito Civil e Político (1966)<sup>35</sup> e, o próprio Pacto de São José da Costa Rica (1969)<sup>36</sup>. Mas somente após a Segunda Guerra Mundial que o direito à intimidade e à vida privada são positivados intensamente no âmbito nacional e internacional.

E, este conjunto de documentos internacionais, de extrema relevância mundial, coloca a pessoa como “fundamento da ordem social, política e jurídica, de acordo com uma revalorização resultante do aludido processo de internacionalização e universalização da sua tutela, a que não é também alheia uma consideração de uma nova geração de direitos fundamentais”<sup>37</sup>. Contudo, embora todo o cenário mundial tenha sido delineado e escrito para a criação de um estado protecionista destes direitos, nem todos os países os respeitam.

Insta registrar que esta reserva da vida privada teve seu auge com a publicação em 1890 do artigo *Warren-Brandeis*, nominado como *The Right to Privacy*, na época escrito por Louis Brandeis e Samuel Dennis Warren<sup>38</sup>. Brandeis, de ousada advocacia foi nomeado juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, e sustentava, conforme os

---

<sup>31</sup> *Idem, ibidem.*, p. 140.

<sup>32</sup> Jorge Miranda em sua Constituição anotada assevera que, muito embora o direito não tenha dado a abrangência que os Estados Unidos tenha dado na jurisprudência, em que o *right to privacy* surge como expressão paradigmática de todos os direitos pessoais, o direito à reserva da vida privada compreende, em qualquer caso, não somente o direito de oposição à divulgação da vida privada mas também o direito ao respeito da vida privada [...].

<sup>33</sup> Em seu art. 12: “Ninguém será sujeito a interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação”.

<sup>34</sup> No seu nº 1 do art. 8º, declarava que: “Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”.

<sup>35</sup> Que previa em seu art. 17: “Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências”.

<sup>36</sup> Assegurava que “ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na sua família, em seu domicílio, ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação” (art. 11, nº 2, Dec.678/92).

<sup>37</sup> Luísa NETO, *O Direito Fundamental à disposição sobre o próprio corpo (A relevância da vontade na configuração do seu regime)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 116.

<sup>38</sup> Samuel Warren e Brandeis analisaram os excessos da imprensa norte-americana, acostumada a constantemente romper a tranquilidade do universo familiar e privado dos cidadãos. Foram delimitados, assim, através de critérios científicos os contornos da chamada privacidade (*privacy*), configurando-se na relação entre o particular e sua vida privada e, em consequência, com a faculdade de tornar públicas ou não certas manifestações de sua esfera íntima de vida.

ensinamentos de Luísa Neto<sup>39</sup>, "a noção de vida privada, como sendo, essencialmente, o direito que assistia a cada indivíduo, de ser deixado em paz – *the right to be let alone*, definindo-o como *the most valued by civilized men*", em que "cada um se pudesse sentir ao abrigo da indiscrição alheia".

Através desse reconhecimento legal do direito à vida privada, as cortes americanas passaram a reconhecê-lo, e após anos de uma proteção reflexa de outros institutos jurídicos é que a vida privada e a intimidade foram tuteladas de forma independente pelo direito a partir do final do século XIX<sup>40</sup>. Sendo que em 1967, a organização norte-americana *Office of Science and technology* determinava: "O direito à vida privada é o direito do indivíduo de decidir por si mesmo em que medida partilhará com os outros o seu pensamento, os seus sentimentos e os fatos de sua vida privada"<sup>41</sup>.

Numa leitura atualizada, observa-se que, formalmente, tanto as constituições de Portugal<sup>42</sup> quanto do Brasil protegem estes direitos, passando as mesmas de uma mera carta de intenções à uma "posição de supremacia, contendo um alto grau de normatividade determinante de todas as relações jurídico-sociais e da ação de todos os órgãos do Estado"<sup>43</sup>.

O direito à vida privada e à intimidade (ditos como direitos fundamentais), atualmente, estão expressos no texto constitucional de Portugal no art. 26º, nº 1<sup>44</sup>, assim como encontram-se na disposição constitucional brasileira<sup>45</sup>, em seu art. 5º, X<sup>46</sup>.

---

<sup>39</sup> Luísa NETO, *Novos Direitos ou novo(s) objecto(s) para o direito*. Porto: U. P Editorial, 2010, p. 66.

<sup>40</sup> Os institutos que lhes emprestaram seus reflexos jurídicos, até o direito à intimidade e à vida privada serem autônomos, foram os direitos fundamentais individuais de primeira geração - através da inviolabilidade da pessoa, da inviolabilidade da casa e da inviolabilidade das correspondências -; o direito de propriedade; e direito à honra, conforme entende José Adércio Leite SAMPAIO (in *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 33-48).

<sup>41</sup> René Ariel DOTTI, *apud* Claudio Stábile RIBEIRO (2002), ob. cit., p. 37.

<sup>42</sup> José Joaquim Gomes CANOTILHO (2010), ob. cit., p. 248, na leitura da Constituição Portuguesa, reforça a indispensável base antropológica constitucionalmente estruturante do Estado de Direito, quando aponta Portugal como uma República soberana baseada na dignidade da pessoa humana bem como garantidora da efetivação dos direitos e liberdades fundamentais (como prevêm os arts. 1º e 2º da carta constitucional).

<sup>43</sup> Paulo Vieira AVELINE, *Segurança Pública como Direito Fundamental*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, sob a orientação do Professor Doutor Ingo Wolfgang Sarlet, Porto Alegre, 2009.

<sup>44</sup> "Art. 26º. Outros direitos pessoais. 1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação". Jorge Miranda, quando de sua Constituição Anotada, reforça o fato de que a carta portuguesa reconhece igualmente a faculdade dos cidadãos de controlarem suas informações, mencionando o direito a autodeterminação informacional, que tem como base o desenvolvimento da personalidade, autoriza o gerenciamento pessoal de dados de informações.

<sup>45</sup> Não se encontrava referência expressa antes da atual Constituição Brasileira de 1988. A Constituição do Império (1824), a Constituição da República (1891), e as Constituições de 1934, 1937 e 1946 cuidavam da inviolabilidade de domicílio, supondo o alcance da vida privada. Apenas nas Constituições de 1967 e 1969 que houve a inclusão da garantia do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas.

Claramente percebe-se que os dois países possuem previsões constitucionais semelhantes, aliados ao mesmo propósito de proteção da vida privada, enaltecendo o caráter de direito fundamental, além de preverem a nível infraconstitucional a proteção da vida privada.

Importante tecermos comentários sobre a relação existente entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade, que no entendimento de Paulo Ferreira da Cunha<sup>47</sup>, passa pelo "problema da perfeição ou simetria arquitectónica dos direitos em geral, no todo da ordem jurídica". Onde, notadamente, àqueles estão previstos na constituição, e, portanto, pertencentes ao domínio do direito constitucional, havendo um relacionamento direto e uma especial vinculação ao Estado; ao passo que os direitos da personalidade estão previstos no código civil, pertencentes assim ao domínio do direito civil, sem projeção especial face ao Estado<sup>48</sup>.

Ver ainda, as anotações de Jorge Miranda, quando menciona que embora hajam várias coincidências entre os direitos fundamentais e os da personalidade, aqueles pressupõem relações de poder, colocando as pessoas perante o poder público; já estes pressupõem relações de igualdade, em uma esfera autônoma de realização. E, em razão destas características, o direito à reserva da vida privada é simultaneamente direito fundamental (previsto na Constituição) e direito de personalidade (previsto no Código Civil).

Mas o que mais inquieta os estudiosos é como buscar o verdadeiro alcance no mundo contemporâneo/globalizado da privacidade<sup>49</sup>? Até onde um cidadão pode invocar a tutela jurisdicional protetiva? Quais as verdadeiras limitações da atuação de um Estado? Aonde começa o dever de um e onde termina o direito do outro? Seria a *privacy* um "estado de facto, uma faculdade, uma pretensão, um direito?"<sup>50</sup> Em nenhum caso essa reserva da vida privada

---

<sup>46</sup> "Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação [...]".

<sup>47</sup> Paulo Ferreira da CUNHA, *Direito Constitucional Aplicado. Viver a Constituição, a Cidadania e os Direitos Humanos*. Lisboa: Quid Juris, 2007, p. 219.

<sup>48</sup> José de Melo ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*. Cascais: Princípia, reimpressão em outubro de 2010, p. 32 e 33.

<sup>49</sup> Registramos que não há consenso na definição do conceito de privacidade e intimidade. Em termos mundiais as expressões aparecem de forma diversificada, a começar pelos franceses em que a preferência é de *droit à la intimité* ou *droit à la vie privée*; e os italianos utilizam a expressão *diritto alla vita privata*, ou ainda, *diritto alla segretezza*; já os americanos, se utilizam da expressão *right of privacy*; os espanhóis o denominam de *privacidad* ou *privacia* – conforme doutrina de Cleunice A. Valentim Bastos PITOMBO, *Considerações sobre a tutela da intimidade e vida privada no processo penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 7, nº 26, São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho 1999, p. 63.

<sup>50</sup> Paulo Mota PINTO, *O Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*. Estudos nos Cursos de Mestrado. Boletim da Faculdade de Direito. Volume LXIX. Separata. Universidade de Coimbra. Coimbra, 1993, p. 507.

poderá ser flexibilizada? Há de ser confessado que estas respostas não são tão simples de serem respondidas. E todas as questões polêmicas necessitam de uma interpretação cautelosa<sup>51</sup>. Exige uma compreensão multidisciplinar, verdadeira tarefa da ciência hermenêutica jurídica. Cabendo ao hermeneuta o difícil, e talvez "impossível" no entendimento de Paulo Mota Pinto<sup>52</sup>, trabalho de delinear e conceituar algo que nos parece vago, abstrato ou obscuro, assim como os conceitos de "felicidade ou segurança".

Paulo Mota Pinto<sup>53</sup>, entende que o instituto da *privacy* é impreciso e sem qualquer tipo de coesão devido à:

*"[...] dificuldade de definição de um conceito que, por ser necessariamente indeterminado, acaba por se revelar imprestável, como um verdadeiro "conceito elástico". E isto é assim no plano mesmo que aqui nos interessa: o da relevância jurídica da "privacidade". Se é verdade que se empreenderam tentativas de definição filosófica, política, sociológica ou psicológica da "privacy", não parece que se tenha logrado extremar o conceito com o mínimo de precisão indispensável para ele poder servir de base a um regime jurídico coeso".*

Em um sentido mais vulgar e largo acaba-se por colocar as expressões intimidade e privacidade em pé de igualdade, "em que ambos referem-se ao interior ou mais reservado do indivíduo nas relações interpessoais", mas "o conteúdo não se esgota, pois, no sentido vulgar" eis que há "graus de reserva distintos"<sup>54</sup>. Os alemães buscaram identificar o que seria o núcleo essencial insuscetível de limitação e o que poderia ser objeto de autolimitação quando da criação da *teoria das três esferas*. Para tanto, apontaram três "esferas ou âmbitos do livre desenvolvimento da personalidade, em relação à dignidade da pessoa e em função das possibilidades de intervenção do Estado em cada uma delas"<sup>55</sup>. Em primeiro lugar, a *esfera íntima ou interna* (área nuclear inviolável – *unantastbarer Kernbereich*), ligada a dignidade, não sendo possibilitada qualquer ingerência pública (estatal) ou privada. Em segundo, a *esfera privada*, em que a pessoa desenvolvia livremente sua personalidade, autorizando o Estado intervir quando se devam proteger interesses da coletividade. E, em terceiro e último lugar, uma *esfera pública ou social*, não guardando relação com o desenvolvimento da personalidade, logo, não protegidas como configuração da vida privada<sup>56</sup>.

Pela semântica, observa-se que a intimidade é menos abrangente que a vida privada, fato este também observado pela doutrina francesa. A intimidade é um direito que se relaciona a

---

<sup>51</sup> Daí a expressão dworkiana de que uma "boa interpretação deve não só adaptar-se como justificar (fundamentar) a prática que interpreta" – in Ronald DWORKIN, *Law's Empire*, p. 215-216, *apud* Cristina QUEIROZ (2010), *ob. cit.*, p. 309.

<sup>52</sup> Paulo Mota PINTO (1993), *ob. cit.*, p. 504.

<sup>53</sup> *Idem, ibidem*, p. 505.

<sup>54</sup> Cleunice A. Valentim Bastos PITOMBO (1999), *ob. cit.*, p. 64.

<sup>55</sup> Paulo Luiz Netto LÔBO, *Autolimitação do direito à privacidade*. Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC. Ano 9, vol. 34. Rio de Janeiro: Editora Padma, abril a junho de 2008, p. 99.

<sup>56</sup> Conforme ensinamentos extraídos de Paulo Luiz Netto LÔBO (2008), *ob. cit.*, p. 99.

fatos, situações e acontecimentos os quais a pessoa tem sob seu domínio exclusivo, sem dividir com mais ninguém. É algo do interior da pessoa, que o singulariza e deve ser mantido sob reserva. E, o direito à vida privada diz respeito ao ambiente familiar, "cuja lesão resvala nos outros membros do grupo"<sup>57</sup>.

Para Clemente Garcia e Andrés García Gomes<sup>58</sup> a intimidade está relacionada:

*"[...] con los de soledad, secreto y autonomía. La intimidad indica, se puede dividir en cuatro grandes estados: a) la soledad, en la que el individuo esta separado del grupo y libre de la observación de otras personas; es el más perfecto estado de intimidad que el individuo puede alcanzar; b) las relaciones íntimas: la soledad se comparte; c) el anonimato: ocurre cuando el individuo se encuentra en lugares públicos o realizando actos públicos; pero sintiéndose libre de identificación y vigilancia; d) la reserva: es la barrera psicológica levantada por una persona contra los posibles intentos de comunicación de otros (...) El derecho a la intimidad, si bien es universal en el sentido de que atañe a la propia naturaleza humana (...) resulta en la práctica sumamente relativo. Tan relativo resulta que cada sistema jurídico resalta un aspecto u otro de la intimidad".*

O direito à privacidade não compreende apenas a esfera doméstica, o ambiente familiar ou o círculo de amigos, mas outros aspectos da personalidade, como a integridade corporal, a imagem, a liberdade sexual, entre outros<sup>59</sup>. E, a "reserva da privacidade, pois, acaba por ter função significativa para a própria sociedade, para além do indivíduo"<sup>60</sup>. O interesse na privacidade, como bem anota Raymond Wacks<sup>61</sup>, é evitar ou barrar a tomada de conhecimento ou a revelação de informações pessoais, que são fatos, comunicações relacionadas ao indivíduo, lhe autorizando a restrição ou até mesmo a exclusão de circulação.

Esse amparo da própria vida privada é uma construção da modernidade ocidental, em que surge a dicotomia do público x privado<sup>62</sup>, onde aqueles são de domínio, conhecimento e divulgação para todos e de todos; já estes são vistos como fatos ou ações de um indivíduo apenas ou então de um grupo fechado. E, nessa esfera fechada, individual permite-se que o cidadão faça suas escolhas com base nas suas crenças, princípios, experiências, senso de justiça, permitindo-lhe o emprego da autonomia em suas decisões, nas suas condutas e atitudes.

---

<sup>57</sup> *Idem, ibidem*, p. 95-96.

<sup>58</sup> Clemente GARCÍA; Andrés García GOMES. *Colision entre El derecho a La intimidad y El derecho a La informacion y opinion: Su proteccion jurídica*. Murcia: Belmar, 1994, p. 24.

<sup>59</sup> Luís M. GARCIA, *apud* Cleunice A. Valentim Bastos PITOMBO (1999), *ob. cit.*, p. 65.

<sup>60</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>61</sup> Raymond WACKS, *apud* Paulo Mota PINTO (1993), *ob. cit.*, p. 508.

<sup>62</sup> Muito embora, no doutrinação de Hannah ARENDT (in *A condição humana*. 10. ed. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 37-38), a clara separação entre os espaços público e privado, aos moldes antigos, já não exista, a linha divisória desde a época moderna é difusa, eis que o corpo político transformou-se em uma família cujos negócios controlam uma gigantesca economia social. Sendo assim: "[...] a Idade Moderna é marcada pela invasão dos interesses privados - assuntos estes antes relativos à manutenção da vida individual e à sobrevivência da espécie - na vida pública e no mundo comum. O que se entende contemporaneamente por sociedade é um conjunto de famílias organizadas, um ente sobre-humano, sendo a sua forma política o moderno conceito de nação".



Percebe-se que, decorrente dessa tutela há ainda a proteção a outras esferas como a propriedade, o sigilo bancário, de correspondência, sigilo telefônico (direitos que se encontram em muitas atuações policiais e judiciais banalizados, desproporcionais, verdadeira afronta às cartas supremas). Fala-se ainda, na proteção de dados pessoais informatizados, bem como ao direito a escolha de tratamento, e ao direito de ser deixado só (*right to be let alone*)<sup>63</sup>.

Observa-se assim, que os direitos fundamentais propostos pelas duas constituições em apreço buscam, na verdade, frear os abusos cometidos pelo autoritarismo estatal, assumindo, “naturalmente, como para Jellink, o carácter de direitos contra o Estado, de garantias da autonomia individual contra as invasões do soberano, de direitos a liberdade, definindo o status negativo”<sup>64</sup>. Que na dupla atuação dos direitos fundamentais aparecem na dimensão subjetiva.

É certo que os avanços tecnológicos do mundo contemporâneo (final do século XX e início do século XXI) contribuíram para que a reserva da vida privada ficasse vulnerável, a mercê de intromissões indesejadas, fruto da curiosidade de alguns, abusos de outros, que acabam publicizando conteúdos exclusivos e que dizem respeito tão somente a cada indivíduo.

Diante do atual momento vivido, em que inúmeros são os avanços tecnológicos, a rapidez das informações, o aumento de nossos relacionamentos e contatos (até mesmo via virtual) impõe-se a todos um repensar de atitudes e condutas. Estamos vivenciando o auge da modernidade em sociedade, e como consequência o indivíduo se encontra com maior frequência ameaçado em sua integridade física, pessoal, corporal e psíquica.

Essa modernidade nos traz avanços consideráveis para a vida em sociedade, em especial a rapidez com que hoje alcançamos às mais variadas informações com o acesso facilitado às comunicações por meio da rede internet, acompanhado de satélites, computadores, máquinas fotográficas de alto alcance, microgravadores. Contudo, essa rapidez na maioria das vezes, sequer nos autoriza a “digerir” o que realmente acontece, fazendo com que se *releve* muitas intromissões que sequer nos damos conta, ou até mesmo pela mudança de paradigma da sociedade contemporânea em que há um certo conformismo social. E isso acaba por relegar o indivíduo em segundo plano.

---

<sup>63</sup> Adverte-se que todos estes direitos foram frutos de grandes avanços históricos, sociais, culturais, jurídico-políticos, que fazem cada país uma nação peculiar e única. São eles que revelam as características e os valores de um povo, são os verdadeiros fundamentos para o exercício da cidadania.

<sup>64</sup> Luísa NETO (2004), ob. cit., p. 64.

Cita-se como exemplo as redes sociais (orkut, facebook, twitter, myspace), em que as pessoas divulgam suas preferências, seus afazeres, qualidades, defeitos, etc, bem como em programas televisivos de confinamento de pessoas, além das famosas revistas sobre a vida particular de pessoas famosas. Como também ocorre com nossos dados pessoais, arquivos sigilosos, e-mails, informações privadas que vazam indevidamente e são veiculadas em rede mundial, passando a ser de "domínio público"<sup>65</sup>. As pessoas ficam obcecadas em exporem a sua intimidade, "pensamento diverso daquele vivenciado no surgimento do direito à intimidade e à vida privada, que postulava o direito 'de ser deixado só'"<sup>66</sup>.

Essa sociedade de massa e de informação "levou aos extremos as potencialidades de invasão da privacidade das pessoas, não apenas pelo Estado, mas, sobretudo, pelas empresas e por indivíduos"<sup>67</sup>. E o direito, infelizmente, acaba não conseguindo acompanhar essa velocidade, em que os conteúdos já positivados não conseguem responder adequadamente à proteção da privacidade, gerando inevitavelmente uma sensação comum de impotência. Muito embora os regramentos infraconstitucionais de Portugal e do Brasil tutelem a proteção desses conteúdos privados veremos adiante, que esses direitos necessitam ser "efetivamente objeto de implementação, resgate aplicação e defesa"<sup>68</sup>.

Nessa perspectiva, a reserva da vida privada aparece protegida pelo legislador luso-brasileiro nos códigos, civil, penal e processual penal. Respectivamente o legislador civil cuidou nos dois países de proibir as violações ao direito à honra, à imagem, ao nome, etc, assegurando o dever de reparar o dano causado (máxime a intersecção feita na vida privada com os direitos de personalidade). Fala-se aqui no dano moral<sup>69</sup> consistente em um constrangimento que alguém experimenta, em consequência de lesão a direito personalíssimo, como a honra, a boa fama, etc., ilicitamente produzida por outrem<sup>70</sup>.

---

<sup>65</sup> Paulo Netto LÔBO (2008), ob. cit., p. 101.

<sup>66</sup> Ilton Norberto ROBL FILHO. *Direito, intimidade e vida privada: uma perspectiva histórico-política para uma delimitação contemporânea*. Disponível em <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/cejur/article/view/14841/9962>, acesso em 30 de janeiro de 2013.

<sup>67</sup> Luiz Netto LÔBO (2008), ob. cit., p. 101.

<sup>68</sup> Claudio Stábile RIBEIRO (2002), ob. cit., p.42.

<sup>69</sup> Para René SAVATIER (In *Traité de La responsabilité civile em droit français*. 2. ed, tomo II, nº 525. Paris: Librairie Générale de Droit ET de Jurisprudence, 1951, p. 101) o dano moral constitui todo sofrimento humano que não resulta de uma perda pecuniária. Além disso, esclarece que os aspectos do dano moral são extremamente variados, podendo tratar-se tanto de um sofrimento físico como de uma dor moral de origem diversa. No sistema brasileiro, o dano moral foi objeto de muita resistência, eis que se entendia ser imoral dar valor à dor, ou que seria impossível mensurar a dor, muito embora houvesse doutrinadores que defendessem a sua reparação, como por exemplo citamos, Aguiar Dias, Orlando Gomes, Arnold Wald, Antônio Chaves - Autores referidos na doutrina de Pedro Brantinho Ferreira DIAS, *O Dano Moral na Doutrina e na Jurisprudência*. Coimbra: Almedina, março/2001.

<sup>70</sup> César FIUZA, *Direito Civil: curso completo*. 6. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com o Código Civil de 2002. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

Vislumbra-se ainda, a referência do dano moral no atual Código Civil Brasileiro, de 2002, em seu art. 186<sup>o71</sup> sendo possível, em decorrência dessa ilicitude a devida reparação, conforme preceitua o art. 927<sup>o72</sup>, do mesmo diploma legal.

Muito embora houvesse divergência sobre a possibilidade do dano moral ser indenizado, a Constituição da República Portuguesa (promulgada em 1933) não deixou dúvidas sobre a possibilidade de reparação ao dano moral, como se percebe na leitura do n° 17 do art. 8<sup>o73</sup>. Essa doutrina da reparabilidade do dano moral foi adotada definitivamente pelo Decreto-lei 47.344 que instituiu o novo Código Civil Português<sup>74</sup>, em seus arts. 80<sup>o</sup> e 496<sup>o</sup> (danos não patrimoniais)<sup>756</sup>.

Em contrapartida, no campo penal há previsão de tipos penais que tutelam a intimidade e a vida privada. Como se depreca em vários dispositivos do Código Penal Português<sup>77</sup>

---

<sup>71</sup> Código Civil Brasileiro - art. 186<sup>o</sup>: *"Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito"*.

<sup>72</sup> Código Civil Brasileiro - art. 927<sup>o</sup>: *"Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo"*.

<sup>73</sup> "Art. 8<sup>o</sup>, n° 17 – O direito de reparação de toda lesão afetiva, conforme dispuser a lei, podendo esta, quanto a lesões de ordem moral, prescrever a reparação seja pecuniária".

<sup>74</sup> Este Decreto revogou o antigo Código Civil de 1867, que previa primitivamente a teoria do dano moral, em específico no art. 2.361<sup>o</sup>: *"Todo aquele que viola ou ofende direitos de outrem, constitui-se na obrigação de indenizar o lesado, por todos os prejuízos que lhe causa"*. Nota-se que o referido artigo dispunha de uma generalidade no emprego do termo "todos os prejuízos". Sendo que coube ao art. 2.383<sup>o</sup> delimitar, de certa forma, o alcance desses prejuízos: *"Os prejuízos que derivam da ofensa de direitos primitivos, podem dizer respeito à personalidade física, ou à personalidade moral; os prejuízos relativos aos direitos adquiridos referem-se aos interesses materiais externos"*.

Ademais, o art. 2.384<sup>o</sup> disciplinava a indenização no caso de homicídio voluntário: *"A indenização por perdas e danos, nos casos de homicídios cometido voluntariamente, consistirá: 1) Na satisfação de todas as despesas, feitas para salvar o ofendido, e com o seu funeral; 2) Na prestação de alimentos à viúva do falecido, enquanto viva for, e precisar deles, ou não passar a segundas núpcias, exceto se tiver sido cúmplice no homicídio; 3) Na prestação de alimentos aos descendentes ou ascendentes, a quem os devia o ofendido, exceto se tiverem sido cúmplices no homicídio"*.

<sup>75</sup> Art. 80<sup>o</sup>. 1. Todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem. 2. A extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas.

Art. 496<sup>o</sup>. 1. Na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito. 2. Por morte da vítima, o direito à indemnização por danos não patrimoniais cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes; na falta destes, aos pais ou outros ascendentes; e, por último, aos irmãos ou sobrinhos que os representem. 3. O montante da indemnização será fixado equitativamente pelo tribunal, tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstâncias referidas no artigo 494; no caso de morte, podem ser atendidos não só os danos não patrimoniais sofridos pela vítima, como os sofridos pelas pessoas com direito a indemnização nos termos do número anterior.

<sup>76</sup> Por óbvio que não há como restaurar a intimidade violada, por isso o direito civil busca na reparação civil um caráter compensatório pelo dano moral sofrido.

<sup>77</sup> Ver art. 34<sup>o</sup> que trata da inviolabilidade de domicílio e da correspondência; art. 35<sup>o</sup> que trata a correta utilização da informática. Além dos seguintes artigos: art. 176<sup>o</sup> – introdução em casa alheia; art. 177<sup>o</sup> – introdução em outro lugar vedado ao público; art. 178<sup>o</sup> – divulgação de factos referentes à intimidade da vida privada; art. 179<sup>o</sup> – punição de gravações e fotografias ilícitas art. 180<sup>o</sup> – intromissão na vida privada pela devassa de conversas ou comunicações, pela captação, registo ou divulgação de imagens pela observação de pessoas; art. 181<sup>o</sup> – vedações em relação a informática; art. 183<sup>o</sup> – incriminação em relação a violação do

inserindo a "violação de domicílio, da correspondência, das conversas, a publicação de imagens e palavras, a violação do sigilo profissional"<sup>78</sup>, reservando o referido *codex* um capítulo entitulado de “Dos crimes contra a reserva da vida privada” – art. 176º a 185º. De maneira semelhante, encontramos as disposições do Código Penal Brasileiro que também reserva capítulo específico para tratar dos Crimes contra à Honra (art. 138º – crime de calúnia; art. 139º – crime de difamação e no art. 140º – crime de injúria).

No campo processual penal luso-brasileiro, o enfoque aparece, majoritariamente, ligado a prova produzida. O que justifica na visão de Luísa Neto<sup>79</sup>:

*"[...] a nulidade das provas obtidas com ofensa da integridade pessoal, da reserva da intimidade da vida privada, da inviolabilidade do domicílio, e da correspondência, devendo ter-se por abusiva a intromissão quando efectuada fora dos casos previstos na lei e sem intervenção judicial, quando desnecessária ou desproporcionada, ou quando aniquiladora dos próprios direitos".*

Observa-se que todos os ramos aqui citados guardam estreita relevância na temática proposta, esclarece-se porém, que este estudo cuidará prevalentemente dos reflexos da tutela da vida privada com maior ênfase no princípio da não autoincriminação. Sendo este um direito fundamental de extrema relevância, autorizando ao sujeito o direito de não produzir nenhuma prova que possa lhe incriminar, o que de certa forma, acaba balizando as intervenções abusivas do Estado no decorrer das persecuções criminais.

## **2. Um resgate histórico do princípio da não autoincriminação e sua aplicabilidade no sistema luso-brasileiro**

O princípio da não autoincriminação evoluiu muito ao longo dos anos, perpassando por diversos sistemas processuais, às vezes se revelando mais forte a nível protecionista do sujeito, às vezes sequer existindo. Estas oscilações e estes exageros dados no tratamento ao sujeito levantaram sérios questionamentos no sentido de se evitar os abusos estatais (a própria história revela que em muitas situações o sujeito era forçado a confessar algo que nunca havia praticado).

Nesse aspecto, o princípio *"nemo tenetur se detegere"*<sup>80</sup> assumiu as mais diversas classificações, inserindo-se atualmente nos chamados princípios de garantia, protegendo

---

segredo de correspondência ou de telecomunicação; além do art. 184º que também pune a violação do segredo profissional. Sobre o referido assunto ver artigo de Paulo Mota PINTO (1993), ob. cit., p. 522-523.

<sup>78</sup> Luísa NETO (2010), ob. cit., p. 71.

<sup>79</sup> *Idem, ibidem.*

"igualmente, de forma mediata, a dignidade da pessoa e direitos fundamentais com ela relacionados como os direitos à integridade pessoal e à privacidade"<sup>81</sup>.

Em síntese, e verdadeiramente, o sentido da expressão é o de que ninguém está obrigado a se autoincriminar ou produzir prova contra si mesmo, eis que nenhum indivíduo pode ser obrigado, seja por uma autoridade ou até mesmo por um particular, a fornecer involuntariamente informação ou prova que venha a lhe incriminar direta ou indiretamente<sup>82</sup>.

O princípio em apreço é decorrência natural do instinto de sobrevivência, de autoconservação de todos, já que, "é da natureza do ser humano não se incriminar, lutar pela sua liberdade (inclusive pela fuga), defender-se de agressão injusta etc. Tudo deriva do instinto de conservação (da preservação da existência ou da liberdade etc.)"<sup>83</sup>. E, seguindo a natureza de direito de defesa, o princípio da não autoincriminação é erigido como direito, liberdade e garantia, *id est*, direito fundamental de 1ª geração<sup>84</sup>, através do qual se "outorga ao indivíduo um direito subjetivo que permite evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal"<sup>85</sup>.

Este princípio objetiva assim, da maneira mais abrangente, o acastelamento, da pessoa contra os excessos cometidos pelo Estado no decorrer da *persecutio criminis*, demarcando

---

<sup>80</sup> Este princípio também assume outras nomenclaturas como revelam os brocardos latinos: *nemo tenetur edere contra se* (impondo uma limitação à produção de documentos e outros elementos de relevância probatória para o processo), *nemo tenetur se accusare* (ou seja, ninguém será obrigado a se acusar), *nemo tenetur prodere se ipsum* (preconiza que nenhuma pessoa pode ser compelida a trair a si mesma em público), *nemo tenetur detegere turpitudinem suam* (em que ninguém é obrigado a revelar sua própria vergonha), *nemo testis contra se ipsum*. Todos os brocardos elencados são utilizados no mesmo sentido, sendo o mais conhecido pela doutrina e jurisprudência é o *nemo tenetur se detegere*, que significa, literalmente, que ninguém é obrigado a se descobrir, ou seja, qualquer indivíduo acusado pela prática de ilícito penal não tem o dever de se autoincriminar, ou mesmo de produzir prova em seu desfavor tendo como sua manifestação mais tradicional o direito ao silêncio. Ressalta-se ainda a terminologia adotada nos países da *Common Law*, tomando como destaque o direito anglo-americano, onde o termo utilizado para expressar este princípio é o *privilege against self-incrimination* (ver mais em Maria Elizabeth QUEIJO, *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 4),

<sup>81</sup> Augusto Silva DIAS; Vânia Costa RAMOS, *O Direito à não autoinculpação (Nemo tenetur se ipsum accusare) no Processo Penal e Contraordenacional Português*. Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 15.

<sup>82</sup> Henrique Borlido HADDAD (in *Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação*. Campinas: Bookseller, 2005, p. 69) define o princípio contra a autoincriminação em não obrigar o acusado à "apresentação de elementos de prova que tenham ou possam ter futuro valor incriminatório".

<sup>83</sup> Luiz Flávio GOMES, *Princípio da não autoincriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência*. [Consult. 22 Jan 2013]. Disponível em: WWW:<<http://www.lfg.com.br> 26 de janeiro. 2010>.

<sup>84</sup> Paulo BONAVIDES (In *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 563) destaca que: "*Os direitos da primeira geração são os direitos das liberdades, os primeiros a constarem no instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente*".

<sup>85</sup> Gilmar Ferreira MENDES, *Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. Revista Jurídica Virtual. Vol. 2, nº 13, Brasília, junho de 1999. [Consult. 28 Feb 2013]. Disponível em: WWW:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_14/direitos\\_fund.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm)>.

uma zona de não intervenção do Estado nas liberdades do indivíduo<sup>86</sup>. Estes direitos fundamentais de 1ª geração traduzem-se, na visão de Paulo Bonavides<sup>87</sup>, "como faculdades ou atributos da pessoa que ostentam na subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado", e registram um não fazer do Estado, uma prestação negativa em relação ao indivíduo, sempre numa visão mais benéfica a este<sup>88</sup>.

Notável registrar que o caminho foi longo até chegarmos aqui. Se, como já dizia Canotilho<sup>89</sup>, "*saber história é um pressuposto ineliminável do saber constitucional*", para melhor compreendermos o alcance do citado princípio buscaremos historicamente seu nascedouro, traçaremos a evolução dos sistemas processuais e importantes fatos e documentos internacionais até as previsões nas atuais cartas constitucionais do Brasil e de Portugal.

Este direito surge<sup>90</sup> como reação às práticas inquisitoriais da Idade Média, que tinham como fundamento máximo a confissão. E esta confissão só era alcançada mediante o uso abusivo da tortura, além das aberrações advindas do sistema inquisitivo<sup>91</sup> referente à desproporcionalidade das penas. Nesta época, o sistema vigente no campo probatório era o da *prova tarifada*, (também denominado, *prova legal* ou *da certeza moral do legislador*), vinculando o juiz a um processo meramente matemático. Mesmo porque as provas tinham seu valor fixado na lei, não sendo autorizado ao juiz qualquer liberdade na valoração do contexto probatório. Além disso, a confissão assumia valor máximo e absoluto, onde a dor tolerada pelo indivíduo era tida pela Igreja como um mal necessário para salvá-lo. Revelando um Estado autoritário com maior grau de repressão e supressão das garantias individuais, em que presumia-se a culpa do acusado.

Nesse contexto, respondia-se ao interrogatório sem ter direito a defesa e ao contraditório; imperava o sigilo e o acusado era mero objeto de investigação. Nessa mesma linha, observava-se que o indivíduo era forçado a responder o interrogatório, sendo

---

<sup>86</sup> Ana Cláudia Silva SCALQUETTE, *Sistema constitucional das crises: os direitos fundamentais face a situações extremas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 34.

<sup>87</sup> Paulo BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 563-564.

<sup>88</sup> Entendem Jónatas E. M. MACHADO e Vera L.C. RAPOSO (in *O Direito à não autoincriminação e as pessoas colectivas empresariais*. Direitos Fundamentais e Justiça. Ano 3, nº 8. Porto Alegre: HS Editora LTDA, julho/setembro 2009, p. 15) que: "*Ainda assim, na medida em que se trata de um direito fundamental, o mesmo deve ser construído com um âmbito de protecção alargado. Do mesmo modo, havendo dúvidas sobre o respectivo conteúdo, deve optar-se pela interpretação mais favorável ao respectivo titular*".

<sup>89</sup> José Joaquim Gomes CANOTILHO (2010), ob. cit., p. 19.

<sup>90</sup> Estudiosos relatam que suas raízes já podiam ser identificadas no Velho Testamento e posteriormente no Direito Canônico. Não obstante, há quem sustente que o princípio da não autoincriminação só teria tomado a forma moderna na Inglaterra.

<sup>91</sup> Os sistemas inquisitoriais surgem em Roma e na Europa medieval – séculos XVI a XVIII.

empregado o uso da força física, cuja principal finalidade era a admissão do pecado por parte do pecador.

O advento do Iluminismo veio acabar de forma gradativa com os abusos e atrocidades da inquisição contra os seres humanos, sendo reconhecidas as primeiras garantias penais e processuais penais. O homem passa a ser visto como sujeito de direitos, perspectiva para a qual muito contribuiu Beccaria (primeiro a escrever na época sobre o assunto, em sua obra "Dos Delitos e das Penas", de 1764, defendendo a punição proporcional ao delito praticado). Beccaria afirmava que "é uma barbárie, consagrada pelo uso na maioria dos governos, aplicar a tortura a um acusado enquanto se faz o processo, seja para que ele confesse a autoria do crime, seja para esclarecer as contradições em que tenha caído, seja para descobrir os cúmplices ou outros crimes de que não é acusado (....)"<sup>92</sup>.

Avançando nos estudos, importante contribuição é também dada por Luigi Ferrajoli<sup>93</sup>, ao afirmar que o princípio do *nemo tenetur se detegere* é a primeira máxima do garantismo processual acusatório, enunciado por Thomas Hobbes e recepcionada, a partir do século XVIII, no Direito inglês.

Observa-se pois que o período Iluminista foi um marco para o aparecimento das primeiras garantias processuais do acusado, ponderando-se que ninguém estava obrigado a se autoincriminar, e deste pensamento, materializou-se o direito ao silêncio e posteriormente às demais dimensões que solidificaram o princípio da não autoincriminação como será visto adiante. De fato, foi a partir do século XVIII, forte nos ideais de liberdade e do Iluminismo, que surge o sistema acusatório na Europa, pregando um processo público, garantidor da ampla defesa, do contraditório, e da igualdade entre as partes. Cai o sistema de provas tarifadas (ou sistema de prova legal) e entra em vigor o *sistema da livre apreciação das provas* pelo magistrado (ou livre convencimento), separam-se as funções de acusar, defender e julgar (autor, juiz e réu).

É por meio deste sistema acusatório que o acusado passa a ser visto pelo Estado como sujeito de direitos, em que não são mais toleradas práticas abusivas, em especial a tortura, eis que a confissão deixa de ser prova absoluta, tendo o juiz a missão de valorar *todas* as provas apresentadas no processo. Denota-se que esse novo sistema processual acaba por limitar o

---

<sup>92</sup> Cesare BECCARIA, *Dos delitos e das penas*. São Paulo: M. Claret, 2006, p. 37.

<sup>93</sup> Luigi FERRAJOLI, *Derecho y Razon - teoria del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. 2. ed. Madrid: Trotta, 1997, p. 608.

poder estatal de intervenção na vida do indivíduo, e mais, a inocência agora passa ser presumida, ao contrário da época medieval que se baseava na presunção da culpa<sup>94</sup>.

Essas características peculiares do sistema acusatório mencionadas acima, foram sentidas e recepcionadas em vários documentos internacionais. A saber, por exemplo, no art. 8º da Declaração dos Direitos de Virgínia (1774) - em que em todos os processos criminais o acusado não poderia ser obrigado a produzir provas contra si mesmo - ou mesmo na V Emenda à Constituição dos Estados Unidos, que determina que "ninguém é obrigado no processo criminal a ser testemunha contra si mesmo".

Visualizamos ainda esse sistema acusatório na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que apesar de não trazer de forma expressa algo sobre o princípio da não autoincriminação, fez referência a presunção de inocência<sup>95</sup>. Também há referência no âmbito do art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1953), em que este direito ao silêncio e a não autoincriminação são objeto de concretização pela Comissão Europeia dos Direitos do Homem e pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH)<sup>96</sup>.

Esse direito de não autoincriminar-se foi ratificado em 1965 pela Corte Suprema norte-americana no caso *Griffin vs. Califórnia*, observando que o acusador não poderia se valer do direito ao silêncio para prejudicar o réu<sup>97</sup>. Da mesma forma, encontramos esta previsão do direito de não autoincriminar-se em 1966, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que determina que "todo acusado tem o direito a não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a confessar-se culpado"<sup>98</sup>.

Em seguida, o comentado princípio foi reconhecido entre as garantias mínimas a serem respeitadas em relação ao acusado através da Convenção Americana sobre Direitos Humanos

---

<sup>94</sup> Sérgio Ricardo de SOUZA; Willian SILVA, *Manual de processo penal constitucional – pós reforma de 2008*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 402.

<sup>95</sup> Maria Elizabeth QUEIJO (2003), ob. cit., p. 26.

<sup>96</sup> Jónatas E. M. MACHADO; Vera L. C. RAPOSO (2009), ob. cit., p. 15.

<sup>97</sup> "Nessa mesma linha, acha-se o famoso *Caso Miranda vs. Arizona*, de 1966 (onde a Suprema Corte sublinhou os limites do Estado frente a seus cidadãos, enfatizando que o Estado tem que produzir as provas de forma independente, sem contar com a colaboração do réu)", conforme Luiz Flávio GOMES, *Princípio da não autoincriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência*. [Consult. 22 Jan 2013]. Disponível em: WWW:<<http://www.lfg.com.br> 26 de janeiro. 2010>. Ada Pellegrini GRINOVER (in *Liberdades públicas e processo penal – O processo em sua unidade*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 104) ainda assinala que: "[...] o ordenamento norte-americano deu amplitude maior ao direito ao silêncio, através de vários pronunciamentos da Corte Suprema: ficou assentado que a acusação não poderia comentar a preferência pelo silêncio do acusado e que o Juiz não poderia instruir os jurados a respeito de qualquer conotação do silêncio; esclareceu-se, também, que a self-incrimination clause representaria um direito essencial para atuação do due process of law e uma garantia indispensável para a livre conduta e o direito de defesa do réu".

<sup>98</sup> Conforme redação do art. 14º, § 3º, alínea "g" que dentre os direitos garantidos à pessoa acusada estão o de "não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada", observa-se que tal direito restringe-se somente a "pessoa acusada". Tal documento foi ratificado pelo Brasil em 1992 por meio do Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. Ver mais em Maria Elizabeth QUEIJO (2003), ob. cit., p. 26.



de 1969 (CADH, mais conhecida como Pacto de San José da Costa Rica - alínea “g”, do § 2º do art. 8º<sup>99</sup>)<sup>100</sup>.

Posteriormente em 1998, pelo Estatuto de Roma, foi criado o Tribunal Penal Internacional com o objetivo de punir os crimes que afetassem a comunidade internacional, colocando em risco a paz, a segurança e o bem estar da sociedade, que também adotou de forma explícita o princípio contra a autoincriminação, no art. 55º, nº 1, a<sup>101</sup>.

Apercebemo-nos assim, em traços largos, de que o princípio que veda a autoincriminação modernamente encontra-se previsto nos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais, afastando "as presunções e indícios desfavoráveis à defesa e acrescentou ao interrogatório maiores características defensivas, porque não há mais o ônus, nem o dever de o preso ou o acusado fornecerem elementos de prova que o prejudiquem"<sup>102</sup>.

Integrante das dimensões essenciais do *due process of law*<sup>103</sup>, o direito a não autoincriminação assume um caráter de maior garantia no processo penal, resguardando a liberdade moral do acusado para decidir, conscientemente, se coopera ou não com os órgãos de investigação e com a autoridade judiciária<sup>104</sup>. O citado direito está assim vinculado ao princípio da presunção da inocência, como também ao "princípio de prevenção do abuso de poder na recolha de informações, da invasão da privacidade e da recolha de elementos probatórios destituídos de fidedignidade"<sup>105</sup>.

Em estrita decorrência do princípio da não autoincriminação, notamos o desencadeamento de uma série de outros direitos, como o direito de permanecer calado; o direito de não declarar contra si mesmo, o direito de não confessar, o direito de não praticar nenhum comportamento ativo que lhe comprometa ou que lhe prejudique, e ainda o direito de não produzir nenhuma prova que envolva o seu corpo humano<sup>106</sup>.

---

<sup>99</sup> art. 8º, § 2º, alínea g do Pacto de San José da Costa Rica: "*Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas*", dentre estas o "*direito de não depor contra si mesma, nem declarar-se culpada*".

<sup>100</sup> Referido documento internacional foi ratificado pelo Brasil em 1992 através do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, havendo uma extensão mais ampla quanto à pessoa do acusado, podendo invocar qualquer pessoa: testemunha, perito, etc.

<sup>101</sup> art. 55º, nº 1, alínea a do Estatuto de Roma: "*No decurso de um inquérito aberto nos termos do presente Estatuto: Nenhuma pessoa poderá ser obrigada a depor contra si própria ou a declarar-se culpada [...]*".

<sup>102</sup> Carlos Henrique Borlido HADDAD (2005), ob. cit., p. 125.

<sup>103</sup> Jónatas E. M. MACHADO; Vera L. C. RAPOSO (2009), ob. cit., p. 15.

<sup>104</sup> Maria Elizabeth QUEIJO (2003), ob. cit., p. 27.

<sup>105</sup> Jónatas E. M. MACHADO; Vera L. C. RAPOSO (2009), ob. cit., p. 14.

<sup>106</sup> Luis Flávio GOMES (in *Princípio da Não Auto-Incriminação (direito ao SILÊNCIO, por exemplo)*). [Consult. 22 Jan 2013]. Disponível em: WWW:<<http://aldoadv.wordpress.com/2010/01/26/principio-da-nao-auto-incriminacao-significado-conteudo-base-juridica-e-ambito-de-incidencia/>>) aponta, na verdade, como *dimensões* ao direito da não autoincriminação: (1) *direito ao silêncio*, (2) *direito de não colaborar com a investigação ou a instrução criminal*; (3) *direito de não declarar contra si mesmo*, (4) *direito de não confessar*, (5) *direito de*

Atenta-se, nesse contexto, que embora não tenham precisamente o mesmo conteúdo, o direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação estão intimamente ligados, sendo que aquele decorre deste, como defendem Antônio Magalhães Gomes Filho<sup>107</sup> e também Aury Lopes Júnior<sup>108</sup>.

Aqui frisamos também a importante ligação do referido princípio à produção de provas durante a persecução criminal, já que com o processo de renovação do paradigma da constitucionalização dos ordenamentos jurídicos, as legislações ordinárias e a jurisprudência evoluem para o reconhecimento do direito à prova, especialmente após a II Guerra Mundial<sup>109</sup>, não mais autorizando que o Estado se intrometa indesejadamente na vida privada. Ou seja, qualquer meio de prova dependente exclusivamente do acusado/arguido, somente será válida enquanto produzida por ele de forma consciente e voluntária<sup>110</sup>.

São intoleráveis para tanto, qualquer coação, seja a física ou moral, a fraude, a pressão, etc. Nada disso é válido para a obtenção da prova durante a investigação policial, muito menos durante o processo criminal, por ter este, essencialmente, base acusatória<sup>111</sup>. Essa

---

*declarar o inverídico, sem prejudicar terceiros, (6) direito de não apresentar provas que prejudique sua situação jurídica, (7) direito de não produzir ou de não contribuir ativamente para a produção de provas contra si mesmo, sendo este último direito dividido em: direito de não praticar nenhum comportamento ativo que lhe comprometa, direito de não participar ativamente de procedimentos probatórios incriminatórios e direito de não ceder seu corpo (total ou parcialmente) para a produção de prova incriminatória.*

<sup>107</sup> "[...] o direito à não autoincriminação constitui uma barreira intransponível ao direito à prova de acusação; sua denegação, sob qualquer disfarce, representará um indesejável retorno às formas mais abomináveis da repressão, comprometendo o caráter éticopolítico do processo e a própria correção no exercício da função jurisdicional", conforme Antonio Magalhães GOMES FILHO, *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997, p. 58.

<sup>108</sup> "O direito de silêncio é apenas uma manifestação de uma garantia muito maior, insculpida no princípio *Nemo Tenetur se Detegere*, segundo o qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório", com base na doutrina de Aury LOPES JÚNIOR, *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Lumen Juris. 2009, p. 192.

<sup>109</sup> Antônio Magalhães GOMES FILHO (1997), ob. cit., p. 64.

<sup>110</sup> No Código de Processo Penal de Portugal há regra determinando a exigência de haver o consentimento do titular do direito, mas esse consentimento deve ser válido, ou seja, somente o efetivo titular do direito, o direito em causa deve ser disponível, além de ser um consentimento livre e esclarecido, como preceitua o art. 126º, nº 3 do CPP.

<sup>111</sup> Paulo de Sousa MENDES (in *As proibições de prova no processo penal*, in JORNADAS DE DIREITO PROCESSUAL PENAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS. Organizadas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e pelo Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados, com a colaboração do Goethe Institut. Coordenação Científica de Maria Fernanda Palma. Coimbra: Almedina Editora, junho 2004, p. 142), nesse aspecto, pondera que o sistema de proibição de valoração das provas proibidas é o melhor a conter e prevenir que o legislador busque as provas a qualquer preço, "por parte das instâncias formais de controlo social". Inevitavelmente que esse sistema proibitivo vai delineando a atividade estatal, eis que há limites a esta atividade persecutória. O que Manuel da Costa ANDRADE (in *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 83) trabalha com, probidade ao afirmar: "Mais do que a modalidade do seu enunciado, o que define a proibição de prova é a prescrição de um limite à descoberta da verdade". Ademais, João Conde CORREIA (in *A distinção entre prova proibida por violação dos direitos fundamentais e prova nula numa perspectiva essencialmente jurisprudencial*. Revista do CEJ, nº 4. Estudos Apontamentos Vida CEJ. Coimbra, 1º semestre 2006, p. 175), entende que "As nulidades são apenas mecanismos de destruição dos

proibição de prova decorre de previsão constitucional, como bem observamos no art. 32º, nº 8 da Constituição da República Portuguesa<sup>112</sup> e no art. 5º, LVI da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>113</sup>.

Mas não só dos textos constitucionais se extrai a regra proibitiva de utilização de provas que sejam ilícitas, ilegais ou proibidas. Localizamos nas disposições processuais penais dos dois países mandamentos proibitivos dessas provas, como exemplificam o artigo 126º do Código de Processo Penal Português<sup>114</sup> e o artigo 157º do Código de Processo Penal Brasileiro<sup>115</sup>. Nessa esteira, a temática sobre provas no processo penal ganha palco nas orientações legais, doutrinárias e jurisprudenciais dos dois países, formando um grande sistema de nulidades e de proibições destas provas<sup>116</sup>. Justamente é esse sistema que deve (ou

---

*efeitos precários produzidos por um acto processual inválido, enquanto que as proibições de prova são verdadeiras limitações à descoberta da verdade".*

<sup>112</sup> "São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações".

<sup>113</sup> "São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".

<sup>114</sup> Código de Processo Penal Português. Artigo 126º - *Métodos proibidos de prova.* 1 - São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas. 2 - São ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante: a) Perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos; b) Perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação; c) Utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei; d) Ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto; e) Promessa de vantagem legalmente inadmissível. 3 - Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular. 4 - Se o uso dos métodos de obtenção de provas previstos neste artigo constituir crime, podem aquelas ser utilizadas com o fim exclusivo de proceder contra os agentes do mesmo.

<sup>115</sup> Código de Processo Penal Brasileiro. Art. 157º. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. § 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. § 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. § 4º (VETADO).

<sup>116</sup> Registra-se que o CPP Português determina em seu art. 124º, nº 1: *Constituem objecto da prova todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis.* Adotando por sua vez, um sistema de legalidade das provas, como retrata a redação do art. 125º do mesmo diploma processual. A saber, a doutrina portuguesa identifica 4 tipos de proibições de prova: a) Determinados factos não podem ser objecto de prova (Ex.: factos que constituam segredo do Estado – artigo 137º do CPP; b) Determinados meios de prova não podem ser utilizados (Ex.: depoimentos de testemunhas não esclarecidas sobre a faculdade de recusa de depoimento – artigo 134º, nº 2 do CPP; e certos autos e declarações não podem ser lidos – artigo 356º do CPP; c) Certos métodos de investigação não são admissíveis para obtenção de meios de prova. Estamos perante proibições de métodos de prova de que são exemplo as proibições previstas nos nº 1 e 2 do artigo 126º do CPP; d) A obtenção da prova só pode ser ordenada ou produzida, em certos casos, por certas pessoas. São proibições relativas de prova, de que são exemplo as proibições previstas no nº 3 do artigo 126º do CPP que trata das provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações sem o consentimento do titular; que são concretizadas pelo disposto nos artigos 177º, que trata da busca domiciliária -

pelo menos deveria) o Estado obedecer na condução de uma ação penal, respeitando os direitos, as liberdades e as garantias, em essencial a dignidade da pessoa, sendo proibida a utilização dessas provas como fundamento de decisões prejudiciais ao arguido, como defende Paulo de Sousa Mendes<sup>117</sup>.

Fundamentalmente, sobre essa questão probatória, esclarece ainda Jorge de Figueiredo Dias<sup>118</sup>:

*"Têm de considerar-se proibidos e inadmissíveis em processo penal todos os meios de interrogatório e de obter declarações que importem ofensa à dignidade da pessoa humana, à integridade pessoal (física ou moral) do arguido, em especial os que importem qualquer perturbação da sua liberdade de vontade e de decisão. Este é o ponto de vista mais fundamental e compreensivo em toda esta matéria, podendo afirmar-se sem custo que (abrangendo em primeira linha, segundo o sentido próprio, o emprego de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose e utilização de meios cruéis e enganosos) compreende ele igualmente a perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória e de avaliação do arguido, a utilização contra ele da força fora dos casos e dos limites expressamente permitidos pela lei, e a própria ameaça com uma medida legalmente inadmissível ou a promessa de qualquer vantagem não prevista em lei".*

O direito a não autoincriminação acaba por ser indissociável das características marcantes do sistema acusatório, em que toda a estrutura acusatória do processo é edificada sob a máxima de que, aquele que acusa deve provar a culpa do arguido, sem dele extrair confissões<sup>119</sup>.

Conforme vimos, com a evolução dos sistemas processuais o acusado passa a ser sujeito de direitos, e é nessa linha que os direitos fundamentais buscam garantir que o sistema processual penal permita que o acusado (ou até mesmo o suspeito, o indiciado, a vítima, a testemunha<sup>120</sup>) se negue, por exemplo, a declarar a responsabilidade, a participar ativamente de determinados tipos de procedimentos probatórios, exemplificados através do etilômetro (vulgarmente conhecido como bafômetro) ou o exame de sangue para verificar o seu teor alcoólico (em especial nos crimes de embriaguez ao volante), coleta de DNA, reprodução simulada dos fatos, reconhecimento pessoal, etc.

---

bem como no art. 179º do CPP que trata da apreensão de correspondências bem como no art. 180º, do CPP que trata da apreensão em escritório de advocacia ou em consultório médico; e, por fim no art. 187º e 189º que tratam das escutas telefônicas.

<sup>117</sup> Paulo de Sousa MENDES (2004), ob. cit., p. 141. Esse mesmo autor ainda reforça a necessidade de que essas provas devam ser desentranhadas dos autos (p. 142).

<sup>118</sup> Jorge de Figueiredo DIAS, *Clássicos jurídicos – Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974 – Reimpressão 2004, p. 544-545.

<sup>119</sup> Conforme Jónatas E. M. MACHADO; Vera L. C. RAPOSO (2009), ob. cit., p. 16.

<sup>120</sup> Para Luiz Flávio GOMES (in *Princípio da Não Auto-Incriminação (direito ao SILÊNCIO, por exemplo)*. [Consult. 22 Jan 2013]. Disponível em: WWW:<<http://aldoadv.wordpress.com/2010/01/26/principio-da-nao-auto-incriminacao-significado-conteudo-base-juridica-e-ambito-de-incidencia/>>>), no caso das testemunhas invocarem tal princípio não haveria o que se falar no crime de falso testemunho, tendo em vista que, aquele que exerce um direito não pratica nenhum ilícito. A testemunha tem a obrigação de dizer a verdade, mas essa obrigação está limitada pelo direito de não autoincriminar. Não importa se essa testemunha já está sendo ou não processada ou investigada pelo fato que pode lhe trazer prejuízo, se esse fato já foi descoberto ou não. Nada disso interessa, visto que a preponderância é da garantia da não autoincriminação.

Pondera-se, entretanto, que a análise da invocação do referido direito deva ser, caso a caso e "não de um modo geral e abstracto"<sup>121</sup>. Mesmo porque as proibições de prova não se revestem de carácter absoluto e imutável, a própria Constituição Portuguesa autoriza o legislador ordinário a definir as situações em que as necessidades de eficácia penal legitimam restrições a direitos, desde que sempre nos termos do n.º 2 do artigo 18.º da mesma lei fundamental<sup>122</sup>.

Importa salientar que o Tribunal Constitucional Português no julgamento do Acórdão 155/2007<sup>123</sup> faz uma análise importante e ponderada acerca do princípio da não autoincriminação. No julgado, o TC enfrenta questões relacionadas a recolha indesejada de vestígios biológicos de supostos criminosos para efeito de identificação criminal, tendo como parâmetro as disposições dos arts. 25.º, n.º 1 e 32.º, n.º 8 da CRP. *In casu*, colocaram-se dois bens jurídicos em confronto, e no sopesar desses bens, prevaleceu a investigação da justiça em detrimento da vontade do sujeito, visto ter sido considerada a recolha de zaragatoas bucais como lesão mínima ao sujeito, já que a recolha foi legitimada através de uma intervenção judicial.

Não se está aqui defendendo a possibilidade do acusado invocar o princípio da não autoincriminação para criar "obstáculo intransponível à realização da justiça, sancionando a condenação de um inocente e a absolvição de um culpado", como assevera a doutrina de

---

<sup>121</sup> Jónatas E. M. MACHADO; Vera L. C. RAPOSO (2009), ob. cit., p. 17.

<sup>122</sup> "A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos".

<sup>123</sup> O Tribunal Constitucional Português, no acórdão n.º 155/2007, analisou o seguinte caso: nos autos de um processo de Inquérito no Departamento de Investigação e Acção Penal do Porto, foram investigados dois homicídios, onde no local do crime teriam sido colhidos "vestígios biológicos". Os suspeitos identificados foram convidados a prestar consentimento para o recolhimento de zaragatoas bucais com vista à identificação do seu perfil genético para traçar comparação com os vestígios recolhidos no local do crime. Sendo que um dos acusados (recorrente) negou consentimento na realização do exame. Na ocasião, este acusado assinou declaração de recusa do ato, mas mesmo assim foi recolhida a saliva do mesmo, para fins de identificação criminal. No dia seguinte, o arguido requereu ao Juiz da Instrução Criminal a declaração da ilegalidade da prova obtida em razão da coerção sofrida, eis que na data da diligência foi dito que o exame seria realizado mesmo que fosse necessário o emprego de força. Este magistrado julgou improcedente a nulidade invocada pelo arguido. Não satisfeito, o arguido recorreu ao Tribunal da Relação do Porto, sustentando que só o consentimento livre dele poderia legitimar a sua submissão a uma colheita de vestígios biológicos. Em 2006 o referido Tribunal julgou o recurso improcedente. Sendo então interposto recurso ao TCP, sendo arrazoado pela inconstitucionalidade dos art. 172.º e 176.º do CPP. O TCP afirmou que a jurisprudência não proíbe a atividade investigatória, em si mesma, sendo que o Estado de direito deve reger-se por regras que respeitem a dignidade da pessoa. Sendo assim, "a recolha de material biológico para análise do DNA, embora possa ser entendida como uma restrição do direito à integridade pessoal não colide com nenhuma de suas dimensões essenciais, podendo justificar-se de acordo com critérios de proporcionalidade". Nessa mesma linha, o Tribunal Constitucional, no acórdão n.º 319/95, afirmou que a normativa que admite a imposição do teste de alcoolemia não ofende materialmente a Constituição. Complementando ainda o TC que a Constituição não proíbe, em absoluto, a recolha coativa de material biológico e sua posterior análise genética sem consentimento desde que sejam respeitadas as exigências constitucionais da adequação e da proporcionalidade.

Jónatas Machado e Vera Raposo<sup>124</sup>. Ao invés, o que se defende é a manutenção das bases processuais acusatórias, em que não se pode "forçar" o indivíduo a agir de encontro à sua defesa, pelo fundamento natural de sua preservação, pelo "instinto de autopreservação", como dizia Bentham, mesmo porque a ele é garantida a presunção da inocência (que poderá sim ser, ao longo do processo penal, provada ao contrário, eis que é uma presunção relativa – *juris tantum*)<sup>125</sup>. Ademais, exigir a colaboração do acusado seria, nas palavras de Guilherme Nucci<sup>126</sup>, admitir "a falência da máquina estatal e a fraqueza das autoridades se dependesse do suspeito para colher elementos suficientes a embasar a ação".

Em Portugal a carta superior não referencia o princípio da não autoincriminação de forma expressa (muito embora faça alusão à dignidade da pessoa já no seu primeiro artigo), tratando-se de princípio não escrito<sup>127</sup>. Para os portugueses, portanto, a consagração expressa do citado princípio decorre das disposições do Código de Processo Penal, na vertente do direito ao silêncio, como referencia o art. 61º<sup>128</sup>, acompanhado do nº 2 do art. 132º<sup>129</sup>. Na

<sup>124</sup> Jónatas E. M. MACHADO; Vera L. C. RAPOSO (2009), ob. cit., p. 17.

<sup>125</sup> No Brasil, em sentido contrário, em especial aos crimes de embriaguez ao volante, onde se exige prova material da dosagem de álcool por litro de sangue, há quem sustente ser válido inverter o enunciado de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, indagando se não seria válido, existir um dever ético-jurídico de demonstrar o estado de inocência, quando a única possibilidade de demonstrar se encontra nas mãos do próprio cidadão sob suspeita da prática do ato infracional. Para o autor João Leal, aquele que se nega em contribuir para o esclarecimento da verdade acaba por impedir que o poder público venha a cumprir com sua relevante função de manter o trânsito seguro. Ver mais em João José LEAL, *Controle jurídico-administrativo da embriaguez ao volante e o princípio da não-auto-incriminação: estudo crítico da Resolução 206/2006 do CONTRAN*. Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Ano 55, nº 354. São Paulo: Editora Fonte do Direito, abril de 2007, p. 121.

<sup>126</sup> Guilherme de Souza NUCCI, *Manual de processo penal e execução penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 91.

<sup>127</sup> Na visão de Augusto Silva DIAS e Vânia Costa RAMOS (2009), ob. cit., p. 14 e 15: "[...] *Maugrado (sic) a ausência de previsão na CRP, tanto a doutrina como a jurisprudência portuguesa são unânimes quanto à natureza constitucional implícita do nemo tenetur. [...] O princípio nemo tenetur goza de consagração constitucional implícita no Direito português ..., e desdobra-se numa série de corolário, o mais importante dos quais é o direito ao silêncio*". Já Paulo de Sousa MENDES (in *As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*. Lisboa: Almedina, Revista de Concorrência e Regulação – Ano I, nº 1 – Janeiro-Março, 2010, p. 125-126) afirma que: "*O princípio segundo o qual ninguém deve ser obrigado a contribuir para a sua própria incriminação, que engloba o direito ao silêncio e o direito de não facultar meios de prova, não consta expressamente do texto da Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP), mas "a doutrina e a jurisprudência portuguesas são unânimes não só quanto à vigência daquele princípio no direito processual penal português, como quanto à sua natureza constitucional". Há quem baseie o princípio muito simplesmente nas garantias processuais, consagrada genericamente nos artigos 20º, nº 4, in fine, e 32º, nº 1, CRP. Outros, porém, consideram, não obstante aceitarem tais garantias processuais como fundamento directo e imediato o nemo tenetur, que este princípio carece ainda de uma fundamentação última de carácter não processualista, mas antes de ordem material ou substantiva, ligando-o desta feita aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana, nos termos do art. 1º CRP. Seja como for, o princípio nemo tenetur é aceite por todos*".

<sup>128</sup> Código de Processo Penal Português - art. 61º - com a epígrafe *Direitos e deveres processuais*: "*Não responder as perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os fatos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar [...]*".

<sup>129</sup> Código de Processo Penal Português - art. 132º - *Direitos e deveres da testemunha* - nº 2: "*A testemunha não é obrigada a responder a perguntas quando alegar que das respostas resulta a sua responsabilização penal*".

mesma linha, caso não haja a informação do direito ao arguido, não se autoriza a utilização de qualquer informação prestada pelo mesmo, exigência cujo inadimplemento é expressamente sancionado com a proibição da valoração, como bem preceitua o art. 343º<sup>130</sup> do mesmo diploma legal. Bem como há disposição do silêncio parcial na norma processual penal portuguesa, como se observa no art. 345º<sup>131</sup>.

Contudo, salientamos que não se autoriza o silêncio do arguido no interrogatório de qualificação, eis que este direito ao silêncio apenas relaciona-se aos fatos, sendo obrigado a responder sobre a sua qualificação, como podemos notar no Código de Processo Penal, em seu nº 3 do art. 141º<sup>132</sup>.

A mesma regra apontada acima é aplicada no Brasil, através do art. 187º<sup>133</sup> do Código de Processo Penal brasileiro, onde a negativa do acusado em responder ao interrogatório de qualificação caracteriza contravenção penal (Lei de Contravenções Penais, artigo 68º), sendo-lhe apenas assegurado o silêncio no que concerne aos fatos. Vejamos que no sistema brasileiro encontramos menção do direito ao silêncio na redação do inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988<sup>134</sup>.

---

<sup>130</sup> Código de Processo Penal Português - art. 343º - Declarações do arguido - 1: *"O presidente informa o arguido de que tem direito a prestar declarações em qualquer momento da audiência, desde que elas se refiram ao objecto do processo, sem que no entanto a tal seja obrigado e sem que o seu silêncio possa desfavorecê-lo [...]".*

<sup>131</sup> Código de Processo Penal Português - art. 345º - Perguntas sobre os factos - 1: *"Se o arguido se dispuser a prestar declarações, cada um dos juízes e dos jurados pode fazer-lhe perguntas sobre os factos que lhe sejam imputados e solicitar-lhe esclarecimentos sobre as declarações prestadas. O arguido pode, espontaneamente ou a recomendação do defensor, recusar a resposta a algumas ou a todas as perguntas, sem que isso o possa desfavorecer".*

<sup>132</sup> Código de Processo Penal Português - art. 141º - Primeiro interrogatório judicial de arguido detido - nº 3: *"O arguido é perguntado pelo seu nome, filiação, freguesia e concelho de naturalidade, data de nascimento, estado civil, profissão, residência, local de trabalho, se já esteve alguma vez preso, quando e porquê e se foi ou não condenado e por que crimes, sendo-lhe exigida, se necessário, a exibição de documento oficial bastante de identificação. Deve ser advertido de que a falta de resposta a estas perguntas ou a falsidade das mesmas o pode fazer incorrer em responsabilidade penal".*

<sup>133</sup> Art. 187º. O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos. § 1º Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais. § 2º Na segunda parte será perguntado sobre: I - ser verdadeira a acusação que lhe é feita; II - não sendo verdadeira a acusação, se tem algum motivo particular a que atribuí-la, se conhece a pessoa ou pessoas a quem deva ser imputada a prática do crime, e quais sejam, e se com elas esteve antes da prática da infração ou depois dela; III - onde estava ao tempo em que foi cometida a infração e se teve notícia desta; IV - as provas já apuradas; V - se conhece as vítimas e testemunhas já inquiridas ou por inquirir, e desde quando, e se tem o que alegar contra elas; VI - se conhece o instrumento com que foi praticada a infração, ou qualquer objeto que com esta se relacione e tenha sido apreendido; VII - todos os demais fatos e pormenores que conduzam à elucidação dos antecedentes e circunstâncias da infração; VIII - se tem algo mais a alegar em sua defesa.

<sup>134</sup> Art. 5º, inciso LXIII da Constituição Federal de 1988: *"[...] o preso será informado de seus direitos, dentre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurado a assistência da família e de advogado".*

Conclui-se que, assim como na Constituição Portuguesa, a do Brasil não prevê expressamente a consagração do direito a não autoincriminação, sendo apenas de forma implícita assegurado aos acusados<sup>135</sup>. O que se denota é que em ambos os países essa garantia é externada por meio do direito ao silêncio<sup>136</sup>, que está expressamente previsto no ordenamento infraconstitucional, em específico no Código de Processo Penal<sup>137</sup>. Registra-se que "ninguém pode ser obrigado a dar qualquer possibilidade de se lhe arrancar, pela habilidade técnica, palavras que possam ser utilizadas contra sua defesa", não sendo aplicada a "parêmia 'quem cala consente'"<sup>138139</sup>.

<sup>135</sup> Louri Geraldo BARBIERO (in *O direito constitucional do réu ao silêncio e suas consequências*. Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, Cidadania e Justiça – Direitos humanos: 50 anos depois, Rio de Janeiro: AMB. Ano 2, nº 5, 1998, p. 5 e 215) discorre que: "[...] com a Constituição de 1988, a garantia processual foi elevada no âmbito constitucional, cabendo observar que, o constituinte tenha se referido, com prioridade, ao preso, a garantia se estende também ao indiciado ou acusado solto. [...] a proteção ao silêncio se aplica tanto ao interrogatório policial como ao judicial, mas não só. Abrange todas as oportunidades em que o sujeito passivo é posto em condições de ser inquirido".

<sup>136</sup> Registra-se oportunamente que este direito ao silêncio, não era, em princípio, alcançado aos réus, eis que os mesmos eram obrigados a depor no interrogatório perante os juízes. E qualquer obstáculo ou dificuldade que o réu encontrava em manter a sua tese sobre os fatos era levado em consideração negativa pelo Estado-juiz, sofrendo inclusive a condenação justamente sobre estes fatos que não conseguia esclarecer. O autor Paulo Mário Canabarro TROIS NETO (in *Direito a não autoincriminação e direito ao silêncio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 82) registra que no direito romano clássico o interrogatório era o ponto central do procedimento, em que nenhum acusado podia se negar de responder ao magistrado, sob pena de multa, prisão e até mesmo de flagelo. Já no período clássico, o silêncio do réu tinha por consequência a confissão, salvo se tratasse de crime capital, hipótese em que ela não valia como prova plena.

<sup>137</sup> Nessa perspectiva, o art. 186º do Código de Processo Penal Brasileiro dispõe sobre o interrogatório do acusado, visto doutrinariamente como meio de prova e defesa, sendo reforçado esta última vertente após as alterações legislativas de 2003: "*Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. (grifo nosso). Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa (grifo nosso)*".

<sup>138</sup> José Afonso da SILVA, *Comentário contextual a Constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2006.

<sup>139</sup> Fernando da Costa TOURINHO FILHO (in *Código de Processo Penal Comentado*. 10. ed. Vol. I, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 547-548) a respeito desde direito ao silêncio aponta que: "*Cumprir notar que o réu tem inteira liberdade de dizer o que quiser e bem entender. Mas nem por isso poderá fazer uma autoacusação falsa, pois, nesse caso, estaria, com a sua conduta, criando obstáculo a que se puna o verdadeiro culpado. Quando do seu interrogatório, se ele a tanto assentir, o réu poderá dizer o que quiser e bem entender, dando aos fatos a versão que lhe parecer melhor, sem que possa cometer o crime de falso testemunho, mesmo porque sujeito ativo dessa infração é a testemunha... Ele pode até faltar à verdade. [...]. No Direito norte-americano, o acusado tem o direito de permanecer calado, em face do privilege against self-incrimination. Mas, se quiser abrir mão desse privilégio, poderá, após o juramento de dizer a verdade e somente a verdade, ser inquirido pelo seu Defensor (direct examination) e, a seguir, pela parte contrária (cross examination), como se fosse uma verdadeira testemunha, respondendo por eventual perjúrio (Antônio Magalhães Gomes Filho, *Direito à prova no processo penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 149). Tal liberdade de manifestação não vai ao ponto de se permitir ao réu acusar-se de um crime que não cometeu. A autoacusação falsa é crime". Nesse mesmo sentido, há o entendimento de Guilherme de Souza NUCCI (in *Código Penal Comentado*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 986): "*Direito de mentir do réu: embora, no exercício do seu direito de defesa, que é constitucionalmente assegurado – ampla defesa – e não deve ser limitado por qualquer norma ordinária, tenha o acusado o direito de mentir, negando a existência do crime, sua autoria, imputando-a a outra pessoa, invocando uma excludente qualquer, enfim, narrando inverdades, não lhe confere o ordenamento jurídico o direito de autoacusar falsamente. Nem em nome do princípio da ampla defesa é-lhe assegurado o direito de autoacusar-se, pois também é princípio constitucional evitar, a qualquer custo, o erro judiciário (art. 5º, LXXV).*"*



No comparativo das duas legislações, observamos igualmente que o ato do interrogatório é feito em duas fases distintas. A primeira diz respeito a pessoa do acusado/arguido e a segunda sobre os fatos propriamente ditos. Ocorre que, as disposições luso-brasileiras deste direito ao silêncio somente se aplicam à última parte do interrogatório, e não há no gozo desse direito o nascimento de nenhuma presunção de culpabilidade ou qualquer tipo de prejuízo jurídico para o imputado<sup>140</sup>, nem se conhece nos sistemas apontados o crime de perjúrio, como ocorre na lei norte americana.

Entretanto, a pessoa que está sendo interrogada deve responder as perguntas quanto a sua qualificação (1ª parte do interrogatório)<sup>141</sup>, não podendo mentir nem mesmo se omitir de dizer a verdade<sup>142</sup>, sob pena de responsabilidade criminal<sup>143</sup>. Relembrando que o "Direito Penal é dos fatos e não do autor", não existe justificativa, e nem mesmo um direito que possibilite à pessoa "mentir quanto à sua identidade"<sup>144</sup>.

---

*Não havendo hierarquia entre normas constitucionais, deve o sistema harmonizar-se sem necessidade de que uma norma sobrepuje outra. Assim, sob qualquer prisma, evitar a autoacusação é tipo penal perfeitamente sintonizado com a segurança almejada pelo sistema jurídico-penal". "Autodefesa: não é infração penal a conduta do agente que se atribui falsa identidade para escapar da ação policial, evitando a prisão (...). Não abrange, no entanto, o momento de qualificação, seja na polícia, seja em juízo, pois, o direito de silenciar ou mentir que possui não envolve essa fase do interrogatório. Não há, como já visto em itens anteriores, qualquer direito absoluto, de modo que o interesse na escorreita administração da justiça, impedindo-se que um inocente seja julgado em lugar do culpado, prevalece nesse ato. Daí porque, falseando quanto à sua identidade, pode responder pelo crime do art. 307".*

<sup>140</sup> Aury LOPES JÚNIOR, *Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional*. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 251.

<sup>141</sup> Nessa mesma linha, assinala ainda Maria Elizabeth QUEIJO (2003), ob. cit., p. 200-202: "Predomina o entendimento de que o direito ao silêncio tem lugar apenas no interrogatório de mérito. Desse modo, o acusado pode deixar de responder às indagações formuladas a respeito do fato em apuração e suas consequências, não lhe sendo facultado deixar de responder às perguntas formuladas com referência à sua identificação. A recusa de resposta a essas indagações pode ensejar a prática do crime de desobediência. Nessa esteira, também não é consentido ao acusado faltar a verdade em relação aos dados que o identifiquem, sob pena de cometimento de crime. Não se reconhece a incidência do *nemo tenetur se detegere* na qualificação porque se entende que a oferta de dados pessoais não implica autoincriminação, já que não representa assunção de responsabilidade quanto ao fato apurado (...) Extrai-se que não tem o acusado o direito de silenciar, bem como há o dever de dizer a verdade com referência à qualificação. Deve-se ressaltar, porém, que o *nemo tenetur se detegere* somente não incide em relação aos dados de identificação, tais como nome, sobrenome, filiação, data e local de nascimento, número de carteira de identificação. Não estão abrangidas na identificação as indagações referentes a antecedentes e condenações anteriores".

<sup>142</sup> Mesmo porque o Estado tem que ter a certeza de que se trata mesmo do indiciado/acusado daquela investigação policial ou daquele processo, e, ademais, as respostas sobre sua identidade não trazem em si qualquer atividade defensiva.

<sup>143</sup> No Brasil, tal conduta, considerada ilícita penalmente, está tipificada no Código Penal como Falsa Identidade: Art. 307º - Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.

<sup>144</sup> Rodrigo Vaz SILVA, *Garantia da não auto incriminação*. [Consult. 22 Jan 2013]. Disponível em: WWW:<[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8467](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8467)>.

Para não se incriminar o réu tem até mesmo o direito de mentir, seja pela atividade ou pela inatividade que pertencem à intimidade. O próprio sistema autoriza o silêncio<sup>145</sup>, que o homem possa se recolher a sua solidão, que se cale, não se exponha, reflita, reavalie suas condutas e reconsidere qualquer forma de prejuízo pessoal, vindo a resguardar sua esfera íntima, mantendo-a impenetrável<sup>146</sup>. Mas esse direito à mentira deve ser interpretado restritivamente, mesmo porque não temos a previsão explícita de um "direito à mentira". O que temos assegurado é um direito a não autoincriminar-se, assim como o silêncio.

De modo que a mentira jamais pode ser validada pelos estatutos jurídicos, ainda mais no processo penal que apura a verdade real dos fatos ocorridos. E, muito embora seja reprovada moralmente, o que se percebe é que a mentira passa a ser tolerada, sendo até mesmo estratégia defensiva (na criação de álibis falsos, na negativa de autoria, na imputação a um terceiro da prática delitiva) para dificultar ou retardar o trabalho probatório de que é encarregado o Ministério Público.

O problema está quando diante de uma versão inverídica surjam lacunas aferíveis pelos julgadores que inclusive podem prejudicar o réu. Ora, se por exemplo, a acusação vier a produzir uma prova contundente, a "suposta mentira" acabará sendo derrubada e, o julgador, inevitavelmente, criará uma percepção negativa da conduta e da índole do acusado<sup>147</sup>.

Paula Marques Carvalho<sup>148</sup> explicita que não há registros na legislação portuguesa de um suposto direito à mentira, muito embora, se assegure ao arguido o direito de não sofrer

---

<sup>145</sup> Nesse sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (corte suprema no Brasil), como se observa no Habeas Corpus - HC 96.219, rel. Min. Celso de Mello, que sublinhou: "A recusa em responder ao interrogatório policial e/ou judicial e a falta de cooperação do indiciado ou do réu com as autoridades que o investigam ou que o processam traduzem comportamentos que são inteiramente legitimados pelo princípio constitucional que protege qualquer pessoa contra a autoincriminação, especialmente aquela exposta a atos de persecução penal." "O Estado – que não tem o direito de tratar suspeitos, indiciados ou réus como se culpados fossem (RTJ 176/805-806) – também não pode constrangê-los a produzir provas contra si próprios (RTJ 141/512)." Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, o direito (a) de permanecer em silêncio, (b) de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais, para efeito de perícia criminal. Precedentes. "O exercício do direito contra a autoincriminação, além de inteiramente oponível a qualquer autoridade ou agente do Estado, não legitima, por efeito de sua natureza constitucional, a adoção de medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica daquele contra quem se instaurou a "persecutio criminis".

<sup>146</sup> Adriana Dias Paes RISTORI, *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório no Processo Penal Português*. Coimbra: Almedina Editora, junho 2007, p. 78.

<sup>147</sup> Para Edgar de Moura BITTENCOURT, *Crime*. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1973, p. 218: "Na batalha que se trava entre a acusação e a defesa, a mentira do réu, na luta por sua liberdade, se não é elogiável sob o aspecto moral, também não lhe é proibida. Dizer a verdade contra si próprio, com o risco de um enorme sofrimento, é atributo das criaturas superiores, mas a lei penal – observa o velho GARRAUD – não quer o heroísmo".

<sup>148</sup> Paula Marques CARVALHO, *Manual prático de processo penal*. 4. ed. Lisboa: Almedina Editora, Junho, 2008, p. 365

qualquer punição se assim fizer. Para tanto exemplifica com uma decisão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal:

*"[...] VI – O direito ao silêncio não pode ser valorado contra o arguido. Porém, a proibição de valoração incide apenas sobre o silêncio que o arguido adoptou como estratégia processual, não podendo repercutir-se na prova produzida por qualquer meio legal, designadamente a que venha a precisar e demonstrar a responsabilidade criminal do arguido, revelando a falência daquela estratégia; VII – Inexiste no nosso ordenamento jurídico um direito a mentir; a lei admite, simplesmente, ser inexigível dos arguidos o cumprimento do dever de verdade. Contudo, uma coisa é a inexigibilidade do cumprimento do dever de verdade e outra é a inscrição de um direito do arguido a mentir, inadmissível num Estado de Direito; VIII a XVIII - (...). (Ac. do STJ, de 12.03.2008, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) (Proc. n.º 08P694))".*

Vislumbra-se nos entendimentos antagônicos de Benjamim Constant e Immanuel Kant, o valor dado à mentira no campo da filosofia. Para Kant a verdade era incondicional, mesmo que viesse a prejudicar terceiros ou a si próprio. Já para Constant essa verdade não era absoluta, e não podia ser aplicada a qualquer caso<sup>149</sup>. Sobre a reprovação da mentira já afirmava São Tomás de Aquino<sup>150</sup>, século XIII, que a mentira era vista como pecado e se opunha à verdade, sendo esta uma virtude, devendo ser combatida pelos valores religiosos.

Para o doutrinador português António Pedro Barbas Homem<sup>151</sup>, o problema da verdade é algo que antecede a justiça, não havendo a possibilidade de uma decisão justa ser baseada na mentira, refutando a possibilidade de uma pessoa mentir perante um juiz, negando a autoria do crime, pois se estaria assim aceitando a "mentira como critério de organização da sociedade". Em sentido contrário, registamos os entendimentos que a doutrina de Castanheira Neves e Jorge Figueiredo nos ensinam, de que o reconhecimento do direito ao silêncio não pode levar à conclusão de que é assegurado "ao arguido um verdadeiro direito de mentir"<sup>152</sup>. Anotamos nessa mesma linha que não há "um direito a mentir que sirva como causa justificativa da falsidade; o que sucede simplesmente é ter a lei entendido ser inexigível dos arguidos o cumprimento do dever de verdade, razão porque renunciou nestes casos a impô-lo"<sup>153</sup>.

No campo do processo penal essa mentira passa a ser confrontada, pois não se lidam com presunções na seara criminal, como ocorre no campo do processo civil. As decisões, em especial as condenatórias, devem estar calcadas na verdade real visto tratar-se de bem indisponível do cidadão, que é a liberdade. Mas haveria mesmo a fidedigna e concreta

---

<sup>149</sup> Immanuel KANT, *Sobre um suposto direito de mentir por amor à Humanidade*. Trad. Artur Mourão. Lisboa, 1997, p. 3 e 7.

<sup>150</sup> São Tomás AQUINO, *Suma de Teologia*. 4ª parte. 4. ed., Trad. José Martorell Capó. Espanha: Biblioteca de Autores Cristãos, 2001, p. 246.

<sup>151</sup> António Pedro Barbas HOMEM, *O que é o direito?* Lisboa: Principia Editora. Reimpressão, Janeiro de 2007, p. 67.

<sup>152</sup> Jorge de Figueiredo DIAS (2004), ob. cit., p. 450.

<sup>153</sup> *Idem, ibidem*, p. 451.

possibilidade de afirmarmos categoricamente que a verdade real existe no direito processual penal? Como seria possível ao juiz no processo de reconstrução histórica de um crime ter 100% de certeza no decreto condenatório ou absolutório? Veremos no próximo capítulo as principais discussões dessa busca (mitológica) da verdade.

Sendo assim, não restam dúvidas que o princípio *nemo tenetur se detegere* "tem em mira não um suposto direito à mentira, como ainda se anota em algumas doutrinas, mas a proteção contra as hostilidades e as intimidações historicamente desfechadas contra os réus pelo Estado [...]"<sup>154</sup>.

Toda a evolução histórica que sofreram os sistemas processuais nos autorizam a concluir que o princípio da não autoincriminação ascende dos princípios da dignidade da pessoa, da mais ampla defesa, e do contraditório. E estes expoentes aqui citados, por consequência lógica decorrem do princípio da presunção da inocência (contido no nº 1 do art. 11º da Declaração Universal dos Direitos Humanos). Neste sentido, o direito à não autoincriminação consubstancia-se na ampla defesa de cunho garantista, acentuando as principais características do processo moderno.

Com suporte no princípio da não autoincriminação o réu não tem obrigação e nem o dever de fornecer elementos de prova que possam lhe prejudicar. As autoridades judiciais devem, sobretudo, enxergar o réu como sujeito de direitos e não dispô-lo mais como mero meio de prova. Sendo exigido no processo que as autoridades concedam a advertência aos acusados da faculdade que a lei lhe confere de não responder, ou de, se responder, a possibilidade de não se incriminar.

Ora, como se sabe, o processo penal trabalha com duas vertentes de defesa, a saber, o direito da *defesa técnica* e o direito da *auto defesa*. Sendo aquela exercida por profissionais habilitados (advogados) e irrenunciável. Contudo encontramos na autodefesa a possibilidade/faculdade do acusado/arguido dar a sua versão dos fatos ao magistrado responsável. É o momento em que o acusado pode passar todas as suas percepções, e sentimentos sobre o ocorrido. É nessa última perspectiva que se insere o direito a não autoincriminação, revelado no direito da audiência, em que o acusado tem o direito de prover elementos à defesa técnica. Podendo o acusado preferir, até mesmo como estratégia de defesa, manter o silêncio, visto ser a autodefesa renunciável e dispensável aos modelos do processo acusatório.

---

<sup>154</sup> Eugênio Pacelli de OLIVEIRA, *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 333.

Essa presunção de inocência (conhecida como não consideração prévia de culpabilidade), sendo relativa, depende de um prolixo processo probatório a ser construído pela *persecutio criminis*, pois para que qualquer indivíduo seja considerado culpado, é preciso que fique categoricamente comprovado que foi ele quem cometeu a infração penal. Ademais, a autoria e a materialidade devem ser demonstradas por meio de provas lícitas que ultrapassem os limites da dúvida razoável, mesmo porque ao processo penal se aplica *o in dubio pro reo*.

### **3. A presunção da inocência como princípio do Estado de Direito e como direito do acusado**

Na sequência do que se deixou dito em 1.1, num Estado Democrático de Direito é necessário que o ordenamento jurídico se imponha como base auxiliar de resguardo a efetividade dos direitos fundamentais. Não é possível aceitarmos um Estado autoritário que venha a atropelar e massacrar direitos e garantias constitucionalmente asseguradas aos cidadãos em prol de uma "verdade". De fato, se ao Estado é dada a função (poder) de investigação, de acusação e julgamento, devem estas tarefas serem executadas sob a ótica garantista do processo penal.

Se na previsão de todos os direitos fundamentais podemos vislumbrar uma dimensão subjetiva e uma dimensão objetiva (de contributo para o esteio do Estado de Direito), esta dupla dimensão é ainda mais evidente no que tange ao instituto da presunção da inocência, que pode ser visto como próprio princípio corolário do Estado de Direito.

Essa presunção de não culpabilidade acaba sendo a máxima do sistema acusatório atual, cuja incidência é sentida tanto como liberdade individual do acusado/arguido<sup>155</sup>, como vertida numa limitação à atuação da máquina estatal, *maxime*, ao poder punitivo do Estado. É por meio dessa presunção de não culpabilidade que o sistema processual acaba por ser em si mesmo obrigado a absorver "regras que permitam encontrar um equilíbrio saudável entre o interesse punitivo estatal e o direito de liberdade [...]"<sup>156</sup>.

---

<sup>155</sup> Apenas a título elucidativo, em Portugal, o acusado é denominado de arguido, conforme denota o Código de Processo Penal: Art. 57º - *Qualidade de arguido*. 1. Assume a qualidade de arguido todo aquele contra quem for deduzida acusação ou requerida instrução num processo penal.

<sup>156</sup> Adriano Almeida FONSECA, *O princípio da presunção de inocência e sua repercussão infraconstitucional*. [Consult. 04 Fev 2013]. Disponível em: WWW:<<http://jus.com.br/revista/texto/162/o-principio-da-presuncao-de-inocencia-e-sua-repercussao-infraconstitucional>>.

Por isso, torna-se necessário relembrar que o referido princípio da presunção da inocência<sup>157</sup> teve seu nascimento, natural e inconteste, a nível internacional com o pensamento jurídico-liberal, coevo do Estado constitucional, representativo e de Direito, que se expandiu após a Revolução Francesa, onde foi enraizado no contexto do princípio do 'devido processo legal' (*due process of law*).

Nessa perspectiva, importantes documentos internacionais reforçaram, ao longo dos anos, essa presunção de inocência ofertada ao sujeito que está sendo investigado ou processado pela prática de alguma infração penal, como por exemplo, citamos a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>158</sup>, a Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>159</sup>, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos<sup>160</sup>, bem como a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)<sup>161</sup>. Estes documentos influenciaram diretamente a criação das disposições constitucionais (além de obediência nos Códigos de Processo Penal) de Portugal e do Brasil no que se refere à presunção de não culpabilidade<sup>162</sup>.

Na Constituição Portuguesa encontramos o princípio da presunção da inocência no nº 2 do art. 32º, dispondo que *"Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da*

---

<sup>157</sup> Alerta-se que a presunção da inocência encontra variações em sua terminologia, podendo ser empregado como sinônimo o princípio do estado de inocência ou o princípio da presunção constitucional de não culpabilidade.

<sup>158</sup> Art. 9º: *Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.*

<sup>159</sup> Art. 11º, nº 1: *Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.*

<sup>160</sup> Art. 14º, nº 2: *Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.*

<sup>161</sup> Art. 8º, nº 2: *Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa [...].*

<sup>162</sup> Clarissa Diniz GUEDES (in *Presunção de inocência, liberdade de expressão e direito à informação: reflexos à luz da jurisprudência ao Tribunal Europeu de Direitos do Homem e da Corte Americana de Direitos Humanos*. Revista Forense. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 21) conclui que: *"O reconhecimento do direito à presunção de inocência importou, historicamente, uma mudança paradigmática no juízo de fato realizado no processo penal. A garantia individual do estado jurídico de inocência até condenação conforme a lei acarreta a impossibilidade de se partir de uma concepção previamente formada sobre a culpa do acusado, sem a devida cognição judicial. É, assim, a presunção de inocência instrumento para a real apuração dos fatos com respeito à integridade individual"*. No entanto, Manzini (in *Trattato di diritto processuale penale*. Volume I, 1920, p. 180, *apud* Alexandra VILELA, *Considerações acerca da Presunção da Inocência em Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 45 e 46) não concorda com a incidência e a tutela dessa presunção da inocência em favor do acusado. Para contrapor-se a essa afirmativa, o referido autor invoca argumentos que são construídos sob a ótica de que, nem sempre no processo penal comprova-se a inocência, até porque não é objetivo do processo proclamar a inocência, *"mas sim comprovar se se encontram ou não presentes as condições para se aplicar a pena ao acusado, podendo dar-se o caso de ser considerado culpado, e todavia não ser punido"*. O mesmo autor complementa ainda que, não ser considerado culpado não é sinônimo de ser considerado inocente (exemplificando com as decisões baseadas no perdão do ofendido, ou na anistia, ou na absolvição por falta de provas). Ademais, conforme entende Manzini, a expressa declaração da inocência só se encontra prevista na lei para determinadas situações concretas, por exemplo, quando o magistrado chega a conclusão de que o arguido *não praticou o crime* pelo qual vem sendo acusado.

*sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa*". No Brasil, a carta constitucional também reserva dispositivo sobre a presunção da inocência no inciso LVII do art. 5º, em que "*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*".

Numa leitura interpretativa dos dois textos constitucionais *supra* referidos, percebemos que é estabelecido ao Estado um padrão de conduta em relação ao suspeito, indiciado, acusado, arguido ou réu que perdurará durante toda a persecução criminal, visto que há um impedimento ao poder público de agir como se os acusados culpados fossem<sup>163</sup>.

Após breves apontamentos do nascimento e conceito do princípio da presunção da inocência, partimos para o alcance e a delimitação do referido nos ordenamentos jurídicos. Para tal fim, acompanhamos dos estudos de Adriano Almeida Fonseca<sup>164</sup>, em relação à consagração de quatro regras decorrentes desse princípio da presunção da inocência, tais como: 1ª) no campo probatório, onde há a inversão do ônus da prova, como presunção legal relativa de não-culpabilidade - *juris tantum*; 2ª) no momento da valoração da prova (que muitas vezes é confundido com o princípio do *in dubio pro reo*); 3ª) no atinente à imposição de qualquer espécie de prisão cautelar ao acusado<sup>165</sup>; e 4ª) como paradigma de tratamento do acusado durante todo o transcorrer do processo penal<sup>166167</sup>.

---

<sup>163</sup> A doutrina de Valber MELO; Fernando Cesar FARIA; Thiago Ramos VARANDA (in *O tratamento constitucional da inocência: presunção ou estado, princípio ou regra?* Revista da Bonijuris. Ano XXII, nº 565, dezembro 2010, p. 21 e 22) critica a expressão "presunção de inocência". Para eles quando existir uma suspeita sobre um cidadão, e sobre o qual recaia uma imputação, ele sempre será presumido inocente. Ou seja, ele não é presumidamente inocente, ele não é culpado, e isso para os doutrinadores citados é um estado. Para essa afirmação utilizam da denotação do verbo "considerar" que a Constituição brasileira utiliza, posto que há uma certa densidade normativa máxima nessa palavra. Para eles o que realmente existe é uma relação de fato, no mundo real, que não daria margens a critérios interpretativos de uma mera presunção. Citam, inclusive o entendimento de Pacelli que assevera que existe um estado de inocência, existe um fato, ou seja, o fato existente de que inexistente sentença penal condenatória em desfavor do agente que praticou (ou não) o tipo de injusto a ele imputado.

<sup>164</sup> Adriano Almeida FONSECA, *O princípio da presunção de inocência e sua repercussão infraconstitucional*. [Consult. 04 Fev 2013]. Disponível em: WWW:<<http://jus.com.br/revista/texto/162/o-principio-da-presuncao-de-inocencia-e-sua-repercussao-infraconstitucional>>.

<sup>165</sup> Alertamos que, muito embora, o autor Adriano Fonseca especifique sobre as prisões cautelares na 3ª regra decorrente da presunção da inocência, é sabido que essa presunção de não culpabilidade se estende a toda e qualquer espécie de privação da liberdade, independente se for uma prisão temporária, preventiva, ou até mesmo a prisão decorrente de sentença condenatória antes de transitar em julgado.

<sup>166</sup> Ver ainda entendimento de Luiz Flávio GOMES (in *Estudos de direito penal e processual penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.102): "*Deste jeito, a presunção de inocência é encarada como um postulado fundamental, de que parte a ciência penal nos seus estudos acerca do processo penal, de tal forma que se manifestará inexoravelmente naquele, seja ao nível das regras de competência, seja na legal, completa e atempada notificação, seja na moderação a ter em conta aquando da prisão preventiva, seja ao nível da matéria de prova, seja ao nível da prudência que deverá estar presente aquando da audição das testemunhas, seja nas condições de legalidade para obtenção da confissão [...]*".

<sup>167</sup> A propósito, Mario CHIVARIO (in *Processo e Garanzie Della Persona*. Milano, Giuffrè, 1982, Vol. II, p. 12, apud Adriano Almeida FONSECA, *O princípio da presunção de inocência e sua repercussão*

Começamos com a 1ª e 2ª regras pertinentes ao campo probatório e ao momento de valoração da prova no processo penal. Sabemos que quanto ao ônus<sup>168</sup> da prova em processo penal, aquele que acusa deverá provar, tendo em vista que o acusado/suspeito é presumido inocente. Nesse sentido, o ônus processual é um encargo a ser desincumbido pelo próprio sujeito ativo (e em seu proveito)<sup>169</sup>, cabendo àquele que se propõe acusar a produção de "provas para que haja uma ruptura em relação à qualidade de inocente, modificando-a para culpado"<sup>170</sup>.

Germano Marques da Silva<sup>171</sup> acrescenta que desse princípio resulta também o dever do Promotor de Justiça apresentar não só as provas desfavoráveis ao acusado mas também as favoráveis; a recolha limitada de provas em locais privados; a legalidade estrita das atribuições conferidas à polícia, do Ministério Público, etc, projetando-se para todo o "processo penal em geral, na organização e funcionamento dos tribunais, no direito penitenciário, e até porventura no direito penal".

Se atentarmos nas diferenças que sobrelevam no campo do processo penal, poder-se-á concluir que o ônus da prova nada mais é do que a responsabilidade de provar. E não se confunde com o *dever* de provar. Aquele que detém o dever de provar e não o cumpre, sujeita-se à imposição de uma pena, havendo portanto, um caráter de obrigatoriedade. Já o ônus pressupõe a ideia de uma *faculdade* a ser exercida para a obtenção de uma vantagem. É óbvio, que poderá trazer prejuízo para a parte que não fizer – pois em decorrência de sua inação deixará de obter a vantagem que adviria de sua atuação<sup>172</sup>.

---

*infraconstitucional*. [Consult. 04 Feb 2013]. Disponível em: WWW:<<http://jus.com.br/revista/texto/162/o-principio-da-presuncao-de-inocencia-e-sua-repercussao-infraconstitucional>>) recomenda que embora não se trate de perspectivas contrastantes, mas convergentes, reconhece-se que se dá maior ênfase aos aspectos concernentes à disciplina probatória.

<sup>168</sup> O ônus, em seu sentido denotativo, confere uma obrigação, um peso, uma carga, contudo é no aspecto jurídico que o ônus se revela como uma espécie de *faculdade*. A propósito, a principal diferença entre obrigação e ônus reside na obrigatoriedade. Enquanto na obrigação a parte tem o dever de praticar o ato, sob pena de violar a lei; no ônus o adimplemento é facultativo, de modo que o seu não cumprimento não significa atuação contrária ao direito, conforme disciplina Fernando CAPEZ, *Curso de Processo Penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 395 e 396. E, por ser o ônus uma faculdade não haverá sequer sanção às partes em caso de descumprimento, como bem salienta Gustavo Henrique Righi Ivahy BADARÓ, *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003, p. 168-178.

<sup>169</sup> Flávio MIRZA, *Processo justo: o ônus da prova à luz dos princípios da presunção de inocência e do in dubio pro reo*. Revista Eletrônica de Direito Processual, Volume V. [Consult. 19 Feb 2013]. Disponível em: WWW:<<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-v/processo-justo-o-onus-da-prova-a-luz-dos-principios-da-presuncao-de-inocencia-e-do-in-dubio-pro-reo/>>.

<sup>170</sup> Denis A. SAMPAIO JÚNIOR, *Presunção da Inocência versus controle social: "um desabafo"*. Revista de Direito da Defensoria Pública. Ano 16, nº 19, abril de 2004, Rio de Janeiro, 2004, p. 167.

<sup>171</sup> Germano Marques da SILVA, *Princípios gerais do processo penal e Constituição da República Portuguesa*. Direito e Justiça. Vol. III, 1987-1988, p. 165.

<sup>172</sup> Fernando CAPEZ (2012), ob. cit., p. 396.



Considerando-se que todo acusado é presumido inocente, o ônus de comprovar a culpabilidade do réu é pois de quem acusa. Portanto, cabe ao acusador a prova do dolo e da culpa. José Frederico Marques<sup>173</sup>, assim como Tornaghi, entendem que cabe ao Ministério Público provar a prática do fato típico<sup>174</sup>, para a seguir examinar o juízo de valor sobre a licitude da conduta. E, "existindo uma causa excludente da antijuridicidade, o fato típico não será ilícito. Ao réu, porém, incumbe provar a existência dessa causa excludente da ilicitude, para que demonstre ter agido *secundum jus*"<sup>175</sup>.

Ademais, a "prova é ato judicial, pelo qual se faz certo o juiz da verdade do delito. A obrigação da prova do delito incumbe ao acusador. Na falta dela é o réu absolvido. Quando há colisão de provas ou resta alguma dúvida a respeito do delito, não deve proceder-se a condenação [...]"<sup>176</sup>. Mesmo porque, "sob o prisma processual, somente a acusação é quem alega fatos, atribuindo-os ao réu. Eventual "alegação" deste, será tão-somente aparente, vez que juridicamente deve ser reputada como mera negação dos fatos alegados na denúncia ou queixa"<sup>177</sup>. Mitigando esse aspecto, adverte Eugenio Florian<sup>178179</sup> que a questão do ônus da

---

<sup>173</sup> Frederico MARQUES, *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol. II. São Paulo: Bookseller, 1998, p. 267.

<sup>174</sup> Encontramos, porém, entendimento contrário aos doutrinadores apontados, em razão de ser dada uma interpretação mais alargada ao princípio da presunção da inocência, em que é a "acusação que deve provar um fato típico, antijurídico e culpável, com suas circunstâncias relevantes. Ao réu, em virtude dos aludidos princípios, constitucionais e infraconstitucionais, cabe, tão somente, opor-se à pretensão acusatória, não alegando fato algum" - ver em Flávio MIRZA, *Processo justo: o ônus da prova à luz dos princípios da presunção de inocência e do in dubio pro reo*. Revista Eletrônica de Direito Processual, Volume V. [Consult. 19 Fev 2013]. Disponível em: WWW:<<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-v/processo-justo-o-onus-da-prova-a-luz-dos-principios-da-presuncao-de-inocencia-e-do-in-dubio-pro-reo/>>. Nos ensina Malatesta que: "O demandado que opõe uma exceção à ação contrária tem obrigação de produzir uma prova completa de sua exceção ou ao menos de uma prova superior à da ação de que quer defender-se. Ao acusado, ao contrário, que expõe desde logo uma justificativa ou uma desculpa, não incumbe a obrigação da prova completa, basta-lhe que sua asserção seja crível, mesmo quando a prova da defesa seja inferior à da acusação e chega-se somente a tornar crível a justificação ou desculpa apresentada, só por isso ele triunfa. Por isso, para evitar confusões, é melhor não falar de exceções em matéria penal" (in Nicola Framarino Dei MALATESTA, *A lógica das provas em matéria criminal*. 2. ed. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2001, p.143-144.

<sup>175</sup> Frederico MARQUES (1998), ob. cit., p. 267.

<sup>176</sup> Joaquin José Caetano Pereira y SOUSA, *Primeiras Linhas sobre o Processo Criminal*. 3. ed., Lisboa: A.M DCCCVI, 1806, p. 128 a 132, *apud* Renato de Oliveira FURTADO, *Presunção de Inocência e Ônus da Prova Penal*. Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Ano 50, nº 297, julho 2002, p. 86.

<sup>177</sup> Afrânio Silva JARDIM, *Direito Processual Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.213.

<sup>178</sup> "En nuestro derecho positivo actúan ambos, pero prevalecen notablemente las facultades conferidas al juez en materia de prueba. Es lo contrario de lo que ocurre en el proceso civil, donde por regla general corresponde a las partes fijar los hechos relevantes para la causa y proponer los medios de prueba pertinentes. En el proceso penal las partes tienen una función subordinada. Más amplia es la del juez, en razón a que lo más importante en él es el descubrimiento de la verdad objetiva, para el cual es indispensable la labor del juez. La manifestación más importante de estos poderes autónomos de actividad probatoria que corresponde al juez la encontramos en el debate, donde sin necesidad de petición de las partes, éste tiene facultades de prueba supletoria (arts. 455 y 457). Estos poderes instructorios del juez por cima de la actividad de las partes, son expresión del amplio y especial carácter público que se imprime al juicio penal". In Eugenio FLORIAN, *Elementos de Derecho procesal penal*. Trad. L. Prieto Castro. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1933, p.318-319.

prova não é de muita importância, uma vez que cabe ao juiz buscar as provas em homenagem ao princípio da verdade real. Por isso que a atividade das partes não seria tão relevante, sendo pois, no caso supletiva.

Certo é que, diferentemente do que ocorre no sistema processual civil em que o juiz ao distribuir as regras de ônus da prova, julga a lide contra a parte que não se desincumbiu do ônus de provar os fatos por ela alegados; no processo penal (que também possui regras de distribuição dos ônus da prova, como referendado acima) havendo dúvidas a respeito das alegações do réu, o juiz deverá absolvê-lo<sup>180</sup>.

O autor Renato Oliveira Furtado<sup>181</sup> chega a metaforicamente invocar a Deusa Themis para explicitar essa questão:

*"Para que a tradicional imagem da Deusa Themis verta um de seus pratos em favor do Estado-acusação e contra o réu, há que se ter depositado sobre tal recipiente um valor significativo de provas que venham a superar o peso que inicialmente já consta no prato do acusado, qual seja, a sua presunção de inocência. Sem tal acúmulo de provas, não se atingirá a certeza necessária à prolação de um édito condenatório, não ocorrendo, por conseguinte, a inversão dos pratos da balança nas mãos de Themis".*

Nesse sentido, diante da insuficiência de provas para a condenação, o juiz deve prolatar uma sentença absolutória, pois "num processo penal de um Estado Democrático de Direito, tutelador da liberdade, é melhor uma possível absolvição de um culpado, do que uma possível condenação de um inocente"<sup>182</sup>. Em suma, a "dúvida não resolvível quanto à matéria de fato é sempre dirimida a favor do réu, independentemente das regras ordinárias de distribuição do ônus da prova"<sup>183</sup>.

Nota-se que a valoração da prova a que se alude se confunde, por vezes, com o princípio do *in dubio pro reo*<sup>184</sup>, levando Castanheira Neves<sup>185</sup> a afirmar que este princípio é correlato

---

<sup>179</sup> Vincenzo MANZINI, também é do mesmo sentir e endossa a posição de Eugenio Florian – in *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo III. Trad. de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, p. 200-202.

<sup>180</sup> Simone SCHREIBER, *O Princípio da Presunção da Inocência*. Distrito Federal: Revista da AJUFE. Brasília, DF, vol. 23, nº 82, outubro 2005, p. 243.

<sup>181</sup> Renato de Oliveira FURTADO, *Presunção de Inocência e Ônus da Prova Penal*. Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Ano 50, nº 297, julho 2002, p. 88.

<sup>182</sup> Viviani Gianine NIKITENKO, *Aspectos do princípio da presunção de inocência e do princípio in dubio pro reo*. [Consult. 04 Fev 2013]. Disponível em: WWW:<<http://jus.com.br/revista/texto/8513/aspectos-do-principio-da-presuncao-de-inocencia-e-do-principio-in-dubio-pro-reo>>.

<sup>183</sup> Simone SCHREIBER (2005), ob. cit., p. 243.

<sup>184</sup> Rui PATRÍCIO (in *O Princípio da Presunção da Inocência do arguido na fase do julgamento no actual processo penal português. Alguns problemas e esboço pra reforma do processo penal português*. Associação Acadêmica. Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa, 2000, p. 31) assevera não ser unânime o entendimento da relação entre os dois princípios, e cita por exemplo a autora Cristina Líbano Monteiro. Em contrapartida, o mesmo autor ainda refere, em sentido contrário, a doutrina de Germano Marques da Silva, Cavaleiro de Ferreira e também de Teresa Pizarro Beleza.

<sup>185</sup> António Castanheira NEVES, *Sumários de Processo Criminal*, 1968, p. 56, *apud* Rui PATRÍCIO (2000), ob. cit., p. 32.

processual da exclusão do ônus da prova em processo penal, em que esta exclusão decorre do próprio princípio da presunção da inocência do arguido, em que o julgador, após o devido processo legal e diante da prova colhida não possui elementos suficientes para a "formação plena da culpabilidade do acusado"<sup>186</sup>.

Para tanto, o princípio do *in dubio pro reo* é aplicado "[...] sempre que se caracterizar uma situação de prova dúbia, pois a dúvida em relação a existência ou não de determinado fato deve ser resolvida em favor do imputado"<sup>187</sup>. Observamos que este princípio atua na esfera da prova somente, não se aplicando à "dúvida suscitada dentro da questão de direito", como reforça Figueiredo Dias<sup>188</sup>. A este propósito, refira-se ainda o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça português de 25/05/2006<sup>189</sup> que ensina: "O princípio *in dubio pro reo* tem apenas incidência na apreciação da prova, não sendo de aplicar na qualificação jurídica das condutas"<sup>190</sup>.

No contexto probatório, é costume hoje vermos nos processos criminais que as declarações do acusado, assim como os demais meios de provas, só interessam *contra* o imputado, como critica José Moutinho<sup>191</sup>, "seja na medida em que se consiga obter a confissão (ou pelo menos 'calá-lo' ou 'apanhá-lo em falso'), seja como meio de descobrir provas contra ele".

Sem deixar de atentar ao já delineado *direito ao silêncio* eis que não se pode obrigar que o acusado colabore na apuração dos fatos (princípio da não autoincriminação), sendo "inadmissível a valoração negativa de não-produção de prova sobre fato relevante por parte da defesa"<sup>192</sup>. Para Antônio Magalhães Gomes Filho<sup>193</sup>, esse direito de permanecer calado que dá concretude ao devido processo legal, representa uma:

*"[...] exigência que é inafastável do processo penal informado pela presunção de inocência, pois admitir-se o contrário equivaleria a transformar o acusado em objeto da investigação, quando sua participação só pode ser*

---

<sup>186</sup> Adriano Almeida FONSECA, *O princípio da presunção de inocência e sua repercussão infraconstitucional*. [Consult. 04 Fev 2013]. Disponível em: WWW:<<http://jus.com.br/revista/texto/162/o-principio-da-presuncao-de-inocencia-e-sua-repercussao-infraconstitucional>>.

<sup>187</sup> José Laurindo de SOUZA NETTO, *Processo Penal: sistemas e princípios*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 155.

<sup>188</sup> DIAS, Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Lições coligidas por Maria João Antunes, Secção de Textos da FDUC, 1988-9, p. 148.

<sup>189</sup> CJ, Ano XIV, Tomo II, p. 196.

<sup>190</sup> *Apud* em Paula Marques CARVALHO (2010), ob. cit., p. 24.

<sup>191</sup> José Lobo MOUTINHO, *Arguido e Imputado no Processo Penal Português*. Universidade Católica. Lisboa: Editora Lisboa, 2000, p. 8.

<sup>192</sup> Marcio Geraldo Britto ARANTES FILHO, *Notas sobre a tutela jurisdicional da presunção de inocência e sua repercussão na conformação de normas processuais penais à Constituição Brasileira*. [Consult. 04 Fev 2013]. Disponível em: WWW:<[http://www.ibccrim.org.br/novo/revista\\_liberdades\\_artigo/52-ARTIGO](http://www.ibccrim.org.br/novo/revista_liberdades_artigo/52-ARTIGO)>.

<sup>193</sup> Antônio Magalhães GOMES FILHO, *O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*. Revista do Advogado. AASP, nº 42, abril de 1994, p. 31.

*entendida na perspectiva da defesa, como sujeito processual. Diante disso, evidente que o seu silêncio jamais pode ser interpretado desfavoravelmente [...]".*

Obtempera-se ainda que as provas, sob a vigência da presunção da inocência e do devido processo legal devam ser obtidas por meios legais (lícitos), mesmo porque "as provas colhidas ao arrepio dos cânones legais, portanto, resultantes de comportamento antijurídico, não serão admitidas para a aferição da culpabilidade, não tendo o condão de superar o princípio do estado de inocência"<sup>194</sup>. "Neste sentido, apenas a prova produzida *secundum legis* pode elidir o seu estado de inocência, fundamentando uma condenação"<sup>195</sup>.

Sendo assim, se ao Estado é dada a função de combater o crime, não pode ele mesmo igualar-se ao criminoso, daí a necessidade de obediência aos direitos assegurados aos cidadãos, e aqui paira a proteção da reserva da vida privada como direito e como garantia que o sujeito possui frente às intromissões indesejadas e desenfreadas do poder público<sup>196</sup> e, *maxime*, como dissemos também já, face ao poder punitivo do Estado.

O próprio Supremo Tribunal Federal Brasileiro, no julgamento do Habeas Corpus nº 73.338-7, determina que o processo penal só possa ser concebido como um instrumento de salvaguarda da liberdade do réu. Sendo que a persecução criminal deve ser regida, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada a padrões normativos, que, consagrados na Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder do Estado<sup>197</sup>.

Ou seja, o princípio da presunção da inocência está ligado ao princípio do contraditório (assim como o princípio da não autoincriminação) que autoriza ao sujeito dizer e provar aliás o contrário do que foi alegado pela acusação.

Devemos reiterar a afirmação de ser a presunção da inocência apenas uma presunção relativa, admitindo por sua vez, prova em contrário. Desde o início da investigação policial até à sentença penal o órgão acusador buscará a quebra dessa presunção, e tão somente se autoriza a certeza de uma condenação com toda a tramitação do processo, cumprindo regras e formalidades exigidas pelo devido processo legal. Se o Ministério Público deve provar o que alega, o acusado *pode* provar o contrário, pois sobre ele recai a presunção da inocência.

---

<sup>194</sup> Adriano Almeida FONSECA, *O princípio da presunção de inocência e sua repercussão infraconstitucional*. [Consult. 04 Fev 2013]. Disponível em: WWW:<<http://jus.com.br/revista/texto/162/o-principio-da-presuncao-de-inocencia-e-sua-repercussao-infraconstitucional>>.

<sup>195</sup> Marcio Geraldo Britto ARANTES FILHO, *Notas sobre a tutela jurisdicional da presunção de inocência e sua repercussão na conformação de normas processuais penais à Constituição Brasileira*. [Consult. 04 Fev 2013]. Disponível em: WWW:<[http://www.ibccrim.org.br/novo/revista\\_liberdades\\_artigo/52-ARTIGO](http://www.ibccrim.org.br/novo/revista_liberdades_artigo/52-ARTIGO)>.

<sup>196</sup> Como bem mencionado no item 1.2 no que se concerne ao campo probatório, com especial destaque do Acórdão 155/2007 do Tribunal Constitucional Português.

<sup>197</sup> HC nº 73.338-7 - RS, julgamento em 07/11/89 pela 1ª Turma do STF, tendo como relator o Ministro Celso de Mello.

Aqui paira a crítica desses "poderes probatórios" dados as partes no processo penal, visto haver notável diferença e desequilíbrio ao que os textos constitucionais pregam em termos de igualdade ou tratamento isonômico entre acusação e defesa. Não raras vezes, os julgadores não garantem esse tratamento isonômico no processo criminal, e acabam valorando, *sem fundamento*, de forma superior as provas trazidas pelo Ministério Público, em detrimento da presunção da inocência do acusado<sup>198</sup>.

Alexandra Vilella<sup>199</sup> entende que na realidade a presunção de inocência:

*"[...] só é concebível em sede de um processo penal aberto à tutela de garantias de defesa, e em que acusação e defesa se encontram em uma posição - tanto quanto possível - paritária, pois o objectivo último de ambos coincide, residindo na máxima expansão da protecção dos direitos do acusado".*

Nessa linha, o Tribunal Constitucional Português<sup>200</sup> determina que o processo criminal deva se configurar como verdadeiro *due process o law*, sendo por ele considerados ilegítimos quaisquer normas ou procedimentos processuais que impliquem num "encurtamento inadmissível das possibilidades de defesa do arguido". Os autores lusitanos Canotilho e Vital Moreira<sup>201</sup>, inclusive nesse aspecto, alertam haver uma "radical desigualdade material de partida entre a acusação (normalmente apoiada no poder institucional do Estado) e a defesa", onde "só a compensação desta, mediante específicas garantias, pode atenuar essa desigualdade de armas".

Passaremos agora, e em rápidas linhas, para a regra direcionada às prisões cautelares (3ª regra), que nada mais são do que prisões provisórias e excepcionais, que buscam assegurar a eficácia de um futuro provimento jurisdicional. Essas prisões não são, e não podem ser vistas como antecipação de pena privativa de liberdade, já que se estaria violando o princípio da presunção da inocência. Por isso, reiteradas decisões dos tribunais superiores (em especial do Brasil) entendem que essas prisões somente podem ser decretadas em último caso, diante da presença de requisitos como o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, somente justificável quando indeclinavelmente necessário<sup>202</sup>.

---

<sup>198</sup> Alexandra VILELLA (2010), ob. cit., p. 36, entende que na realidade a presunção de inocência "*só é concebível em sede de um processo penal aberto à tutela de garantias de defesa, e em que acusação e defesa se encontram em uma posição - tanto quanto possível - paritária, pois o objectivo último de ambos coincide, residindo na máxima expansão da protecção dos direitos do acusado*".

<sup>199</sup> Alexandra VILELLA (2010), ob. cit., p. 36

<sup>200</sup> Nos Acórdãos nº 207/88 e 337/86, desenvolvidos em Rui PATRÍCIO (2000), ob. cit., p. 68.

<sup>201</sup> José Joaquim Gomes CANOTILHO; Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa - Anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 202.

<sup>202</sup> No Brasil, no ano de 2011, houve grandes e significativas mudanças legislativas no que se refere às prisões cautelares, vindas com as disposições da Lei 12.403/11, em especial a extensão no rol das medidas alternativas à prisão, revelando ser a prisão cautelar a *ultima ratio* da *ultima ratio* (como afirma Luis Flávio Gomes).

Finalmente, a 4ª regra decorrente da presunção da inocência concerne à forma de tratamento dispensada ao acusado, que, segundo Dominioni<sup>203</sup>, é ponto-chave de qualquer sistema processual penal. Aliás, desde logo se diga, que o acaso ou a insídia podem facilmente colocar qualquer pessoa na posição de suspeito<sup>204</sup>, e essa condição, por si só, já o coloca indiscutivelmente numa posição de constrangimento. Em razão disso, "todas as medidas restritivas ou coercitivas que se façam necessárias no curso do processo só podem ser aplicadas ao acusado na exata medida de tal necessidade"<sup>205</sup>. O processo acaba por exigir que definimos as posições das partes no decorrer da marcha processual, *"en que la dignidad del imputado y el conjunto de derechos fundamentales que a ella se anudam, no quede a merced del poder del aparato estatal"*<sup>206</sup>.

Como vimos acima, o Estado não pode tratar o acusado/arguido como se culpado fosse, antes sendo necessário aguardar todo o trâmite processual com a realização de todas as provas, tanto pela acusação quanto pela defesa, para ao final desse juízo probatório e com uma sentença condenatória transitada em julgado poder afirmar que *sim*, o réu é culpado.

O exposto permite dizer que durante a tramitação processual o arguido "está mergulhado num estado de dúvida"<sup>207</sup>, no que se refere a responsabilidade dos fatos levantados, e o processo penal persistirá até que se resolva esse estado duvidoso. Essa regra, porém, não é apenas imposta ao Estado (endo-processual), mas também a todas e quaisquer entidades públicas e privadas (extraprocessual), devendo aliás, ser vinculativa, o que infelizmente não é obedecido.

Entende Luiz Alberto Machado<sup>208</sup> que:

*"[...] as condenações são pronunciadas pelo delegado de polícia judiciária na indicição, ou pelo Ministério Público, na denúncia, e assim se tornam públicas, quando as pessoas, comuns ou autoridades, são submetidas à pressa de um linchamento moral, quando o início da investigação se transforma no fim de um processo criminal que sequer se iniciou, o direito criminal vai a barrancota, arrastando consigo todos os direitos individuais e tornando mortas as garantias constitucionais".*

---

<sup>203</sup> O. DOMINIONI, *Imputato*, in Enciclopedia del Diritto, XX, Milão: Giuffrè, 1970, p. 789, *apud* José Lobo MOUTINHO (2000), ob. cit., p. 7.

<sup>204</sup> José Lobo MOUTINHO (2000), ob. cit., p. 7.

<sup>205</sup> Simone SCHREIBER (2005), ob. cit., p. 244.

<sup>206</sup> Tomás Vives ANTÓN, *El proceso penal de la presunción de inocencia*. JORNADAS DE DIREITO PROCESSUAL PENAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS. Organizadas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e pelo Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados, com a colaboração do Goethe Institut. Coordenação Científica de Maria Fernanda Palma. Coimbra: Almedina Editora, junho 2004, p. 30.

<sup>207</sup> Expressão utilizada por José Souto de MOURA, *A questão da presunção de inocência do arguido*. Revista do Ministério Público, ano 11, nº 42, p. 35, *apud* Rui PATRÍCIO (2000), ob. cit., p. 35.

<sup>208</sup> Luiz Alberto MACHADO. *A presunção constitucional de inocência*. Faculdade de Direito de Curitiba. Ano 27, nº 27, 1992/1993, p. 39.

Na maioria das situações se responde "ao mal social do crime com o mal social do processo (multiplicando o mal)"<sup>209</sup> e, não raro se sacrifica uma "infinidade de inocentes nas redes da justiça, nas quais, porque precisamente apertadas pelo intuito persecutório, é fácil cair, mas das quais não é nunca fácil libertar-se"<sup>210</sup>.

Na visão de Paulo Mascarenhas<sup>211</sup>, devem os magistrados ficarem atentos às regras de publicidade dos atos processuais que protegem as partes envolvidas no processo contra arbítrio ou prepotência do magistrado, mas que protege este, também, de insinuações e maledicências, trazendo à coletividade a possibilidade de um melhor controle dos atos do Poder Público.

Também se percebe facilmente a violação do princípio da presunção da inocência fora do processo, através das exposições midiáticas e exageradas de prisões, de abordagens e investigações policiais, "não raramente de maneira leviana e sensacionalista, em franca testilha com a questão da privacidade daqueles que são submetidos à persecução penal"<sup>212</sup>.

Nesse viés, as pessoas investigadas/acusadas ficam expostas, tachadas de assassinas, de ladras, estelionatárias aos olhos da sociedade, sem sequer ter havido um processo. E o que fazer quando, mesmo havendo um processo o Estado conclui pela absolvição do sujeito? Quem repara a imagem desse homem, que até então era um "criminoso" aos olhos da comunidade? Quem conseguirá lhe retomar ao *status quo* de inocente? É uma atividade quase impossível de ser restabelecida<sup>213</sup>.

De fato, vários casos são veiculados na mídia de uma forma tão inconsequente e desmedida que estigmatizam o acusado, criando em nós juízos de valores negativos, que

---

<sup>209</sup> José Lobo MOUTINHO (2000), ob. cit., p. 9.

<sup>210</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>211</sup> Paulo MASCARENHAS, *Manual de Direito Constitucional*. Salvador, [S.n], 2010, p. 79.

<sup>212</sup> Adriano Almeida FONSECA, *O princípio da presunção de inocência e sua repercussão infraconstitucional*. [Consult. 04 Fev 2013]. Disponível em: WWW:<<http://jus.com.br/revista/texto/162/o-principio-da-presuncao-de-inocencia-e-sua-repercussao-infraconstitucional>>.

<sup>213</sup> No Brasil há um caso emblemático sobre essas questões aqui vertidas, em que uma escola particular no estado de São Paulo, foi "vítima" desse excesso maldoso empregado pela mídia na divulgação de fatos à sociedade. O caso envolveu os donos e os alunos da denominada Escola Base, onde houve uma denúncia de abuso sexual cometido pelos donos contra os alunos. A imprensa de uma maneira sensacionalista divulga o "suposto ocorrido", acusando-os de drogar os alunos da escola, de fotografá-los nus e de terem feito toda sorte de perversidades com as crianças. O que levou naturalmente os pais a transferirem seus filhos para outras escolas. E como a Escola Base era uma rede de ensino privado acabou por ter que encerrar suas atividades em 1994. Os quatro donos da Escola Base tiveram suas vidas destruídas pelas acusações que, depois, comprovaram-se inverídicas. Após terem sido presos, fotografados, expostos na mídia, a investigação afastou todas as suspeitas contra eles e todas as provas apontaram para a inexistência de quaisquer dos atos que a Polícia Civil e a imprensa haviam atribuído àquelas quatro pessoas. Aqui paira a crítica, aos olhos da justiça os envolvidos foram inocentados, mas aos olhos da comunidade envolvida aquelas pessoas ficaram marcadas (talvez para sempre) ou rotuladas como abusadoras.

acabam por também espelhar a forma como o juiz conduz o processo<sup>214</sup>. Há um exibicionismo do suspeito e uma execução pública capaz de produzir maiores e piores prejuízos que o próprio processo criminal em si, sendo que a mídia<sup>215</sup>, na prática, acaba controlando a qualidade de informações levadas à sociedade, tendo, como vítima principal, a verdade<sup>216</sup>.

No entendimento de Aury Lopes Júnior<sup>217</sup>, é preciso, por consequência, haver certa limitação dessa publicidade abusiva, para que se reduza os danos decorrentes da "estigmatização prematura do sujeito passivo", além do que, ratifica o mesmo autor<sup>218</sup>, o "bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia presumida de inocência".

Adverte-se que não se está aqui defendendo a proibição da liberdade de imprensa mas que essas informações respeitem a dignidade da pessoa. Muito embora, seja por meio da imprensa que haja o crescimento de uma mobilização popular, é preciso reforçar que "a condenação não é uma resposta à opinião pública, mas uma atuação da Justiça, tendo em vista que o que fica é a sensação de que o crime compensa, na medida em que nenhuma sanção é cabível se o criminoso é bem articulado econômica e socialmente"<sup>219</sup>.

Aproxima-se essa regra de tratamento a igualdade de armas entre a acusação e a defesa através de um efetivo processo contraditório, dando ao acusado o direito da contraprova em pé de igualdade, assegurando dessa forma, no "âmbito da justiça criminal, a igualdade do cidadão no confronto com o poder punitivo, através de um processo justo", como defende o já citado doutrinador brasileiro Aury Lopes Júnior<sup>220</sup>.

---

<sup>214</sup> Esses linchamentos públicos acabam influenciando na confecção do decreto condenatório, ainda mais no Tribunal do Júri, pois mesmo que não houvessem provas da autoria, dificilmente os jurados absolveriam aquele cidadão, já que na visão social, o réu é um "demônio" e deve morrer atrás das grades.

<sup>215</sup> Em relação aos problemas deste tema, Carla de MELLO, *Mídia e crime: liberdade de informação jornalística e presunção de inocência*. [Consult. 24 Fev 2013]. Disponível em: WWW:<<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/download/7381/6511>>., assegura que: "Com o intuito de lhe gerar lucro, a mídia explora o fato, transformando-o em verdadeiros espetáculos, em instrumentos de diversão e entretenimento do público; as notícias não passam por crítico processo de seleção, tudo é notícia, desde que possam render audiência e, conseqüentemente, dinheiro. Mais grave que isso, é o fato de a mídia constituir um poderoso instrumento de formação da opinião pública. Quando um fato é divulgado pelos meios de comunicação, sobre ele, já incide a opinião do jornalista, ou seja, o modo como ele viu o acontecimento é a notícia e, esta visão, justamente pelos motivos acima apresentados, nem sempre demonstra a realidade".

<sup>216</sup> Denis A. SAMPAIO JÚNIOR (2004), ob. cit., p. 168.

<sup>217</sup> Aury LOPES JÚNIOR (2012), ob. cit., p. 239.

<sup>218</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>219</sup> André de Oliveira MORAIS, *Presunção de inocência versus Segurança Pública: Análise do julgamento do HC 84.078-7 pelo STF*. [Consult. 04 Fev 2013]. Disponível em: WWW:<[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8915](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8915)>.

<sup>220</sup> Aury Lopes JÚNIOR, *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos de instrumentalidade garantista)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 183.



É certo que a presunção da inocência deva ser empregada de forma equilibrada, buscando "uma justa posição entre o direito de punir do Estado e o direito penal público subjetivo de liberdade do indivíduo"<sup>221</sup>. É necessário haver um "meio-termo entre o respeito às garantias determinadas pela Constituição, como o devido processo legal, o contraditório, o princípio da dignidade, a plenitude de defesa etc., e a exigência da segurança social", entretanto, "esta não pode sobrepor-se àquelas e vice-versa. O ponto de equilíbrio é aquele em que, resguardada a segurança social, a medida não se mostra injusta e desnecessária"<sup>222</sup>.

Na visão particular de Ferrajoli<sup>223</sup>, essa presunção de inocência pode ser encarada como um princípio político pois manifesta uma opção garantista a favor da tutela da liberdade dos inocentes, inclusive mediante o custo da possível impunidade de algum culpável, "em consonância com a finalidade processual de tutela preventiva do imputado contra a arbitrariedade da resposta estatal ao delito"<sup>224</sup>. Nesse aspecto político, completa Ferrajoli<sup>225</sup>, que a presunção de inocência é ainda uma garantia de segurança ou de defesa social, mas não no sentido de garantir a segurança pública contra os riscos da criminalidade.

A propósito, comenta Antônio Magalhães Gomes Filho<sup>226</sup>:

*"[...] na leitura da expressão 'presunção de inocência' há de ser considerado prioritariamente o seu valor ideológico; trata-se como afirmou Pisani, de uma presunção política, na medida em que exprime uma orientação de fundo do legislador, qual seja, a de garantia da posição de liberdade do acusado diante do interesse coletivo à repressão penal".*

O tema ora apresentado é de extrema relevância, eis que atualmente, os princípios constitucionais assumem um papel importante, por serem imprescindíveis ao exercício do Estado democrático de direito e às aspirações sociais de prevenção e repressão à criminalidade. E, ao chegarmos ao final dessas considerações pertinentes às regras decorrentes da presunção da inocência estamos aptos a confirmar nossa hipótese, *id est*, de que a presunção da inocência pode ser vista na sua dupla veste de direito fundamental subjetivamente previsto, mas também de princípio basilar do Estado de Direito.

Por ser a presunção da inocência um instituto, apresenta essa dupla natureza: de princípio e de direito. Por outro lado e como qualquer direito fundamental, apresenta uma

---

<sup>221</sup> André de Oliveira MORAIS, *Presunção de inocência versus Segurança Pública: Análise do julgamento do HC 84.078-7 pelo STF*. [Consult. 04 Fev 2013]. Disponível em: WWW:<[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8915](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8915)>.

<sup>222</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>223</sup> Luigi FERRAJOLI (1997), ob. cit., p. 549.

<sup>224</sup> Sem autor, p. 87, [Consult. 19 Fev 2013]. Disponível em: WWW:<[http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/11164/11164\\_4.PDF](http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/11164/11164_4.PDF)>.

<sup>225</sup> Luigi FERRAJOLI (1997), ob. cit., p. 549.

<sup>226</sup> Antônio Magalhães GOMES FILHO, *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 37.

dupla dimensão<sup>227</sup>: a *objetiva*, de caracterização do Estado que prevê tal direito; e a *subjetiva*, de vantagem que aproveita ao sujeito.

Jorge Miranda<sup>228</sup> já alertava a insuficiência de apenas serem os direitos fundamentais enumerados, definidos, explicitados, sendo necessário que a organização do poder político e toda a organização constitucional estivessem orientadas para a garantia e a promoção destes. É dessa dimensão *objetiva* que também falamos, autorizando assim, a caracterização do próprio Estado que prevê esses direitos fundamentais.

Merecem destaque as palavras do autor referido<sup>229</sup>, ao reforçar a importância dos direitos fundamentais, afirmando que:

*"[...] não há verdadeiros direitos fundamentais sem que as pessoas estejam em relação imediata com o poder, beneficiando de um estatuto comum e não separadas em razão dos grupos ou das condições a que pertençam; não há direitos fundamentais sem Estado ou, pelo menos, sem comunidade política integrada. [...] não há direitos fundamentais sem reconhecimento duma esfera própria das pessoas, mais ou menos ampla, frente ao poder político; não há direitos fundamentais em Estado totalitário, ou pelo menos, em totalitarismo integral".*

É nesse ponto que a presunção da inocência também auxilia no processo de verificação do tipo ou características de um Estado. Muito embora a história nos apresente diferentes tipos de Estado, se percebe linhas comuns entre um Estado totalitário e um Estado democrático. A título de esclarecimento, invocamos o jurista Canotilho<sup>230</sup> para elucidar *o que é o Estado*, sendo definido este como uma forma histórica de organização jurídica do poder dotada de qualidades como a soberania, traduzida no plano interno como um poder soberano e no plano internacional como um poder independente.

Mas é no plano interno que esta soberania, para nós, neste momento, ganha um maior destaque, já que ela exprime um *"monopólio de edição do direito positivo pelo Estado e no monopólio da coação física legítima para impor a efectividade das suas regulações e dos seus comandos"*<sup>231</sup>.

Conseguimos pois, visualizar a característica da coerção, como fator de imposição do direito estatal através do uso da força e corolário da atribuição, ao Estado, da administração da justiça entre as pessoas e os grupos<sup>232</sup>. E como freio inibitório dessa força é que a presunção da inocência, tanto como princípio como enquanto direito, acaba sendo importante instrumento limitador do poder estatal, garantindo a proteção da dignidade da pessoa.

---

<sup>227</sup> Sobre essa dupla dimensão rever no item 1.1.

<sup>228</sup> Jorge MIRANDA (2008), ob. cit., p. 216.

<sup>229</sup> *Idem, ibidem*, p. 10.

<sup>230</sup> José Joaquim Gomes CANOTILHO (2010), ob. cit., p. 89-90.

<sup>231</sup> *Idem, ibidem*, p. 90.

<sup>232</sup> Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 47 e 48.

O instituto da inocência presumida é, portanto, garantia fundamental e instituto essencial ao exercício da jurisdição, e muito embora ao Estado seja dado o monopólio da força, é através da efetivação desse instituto, que se garante, nas palavras conclusivas de Ferrari<sup>233</sup>, o "afastamento da existência de possíveis arbitrariedades do poder público em busca de uma reposta para a sociedade".

Em suma, se o Estado é o legítimo possuidor do direito ao uso da força, que esse poder seja utilizado em prol da sociedade, "pois quando a força é praticada em desconformidade com o justo ela torna-se violência. E, por sua vez, a violência é um ato ilícito, sendo prejudicial ao exercício do Estado Democrático de Direito"<sup>234</sup>.

O princípio da presunção de inocência é um dos princípios basilares do Estado de Direito, e como garantia processual penal, visa à tutela da liberdade pessoal, salientando a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é de forma constitucional presumido inocente, sob pena de retrocedermos ao estado de total arbítrio estatal<sup>235</sup>.

Dando continuidade às dimensões do instituto da presunção da inocência, chegamos na segunda vertente (ou *dimensão subjetiva*), o "estado de inocência". Sendo "verdadeira garantia constitucional (regra) que suplanta os limites formais e materiais do processo penal, está presente em toda ação estatal que perquire a sanção penal, é, a toda evidência, a comporta que separa o poder punitivo da tirania"<sup>236</sup>. A autora portuguesa Alexandra Vilela<sup>237</sup>, a propósito, comenta que na verdade o legislador constitucional de 1976 teria elevado a presunção da inocência à categoria de direito constitucional, em que se:

*"[...]desce do plano dos princípios gerais de direito para se assumir como norma, com um conteúdo normativo processual preciso, contendo um preceito ou uma imposição imediatamente vinculante para certo tipo de questões, que todos devem respeitar, e em virtude do qual ninguém pode ser considerado culpado até que a sentença condenatória definitiva assim o afirme [...]".*

Este direito à não presunção de culpabilidade é aliás, na visão de Carrara<sup>238</sup>, um importante instrumento de proteção dos indivíduos, que legitima o procedimento processual

---

<sup>233</sup> Rafael FERRARI, *O princípio da presunção de inocência como garantia processual penal*. [Consult. 31 Mar 2013]. Disponível em: WWW:<[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11829](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11829)>.

<sup>234</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>235</sup> Alexandre de MORAES, *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

<sup>236</sup> Valber MELO; Fernando Cesar FARIA; Thiago Ramos VARANDA (2010), ob. cit., p. 24.

<sup>237</sup> Alexandra VILELA (2000), ob. cit., p. 20.

<sup>238</sup> Francesco CARRARA, *Il diritto penale e la procedura penale. Progresso e Regresso del Giure Penale nel Nuovo Regno d'Italia*. Volume II. Firenze Casa Editrice Libreria "Fratelli Cammelli", 1903, p. 26, *apud* Alexandra VILELA (2000), ob. cit., p. 39.

penal, até nem no intuito de deter a atividade dos acusadores e juízes, mas no sentido de restringir a ação dos mesmos, obstacularizando-se eventuais erros.

Como se vê, na esfera subjetiva, tanto a presunção da inocência como o direito a não autoincriminação são formas de *não* colaborar com o Estado, visto que, se sou presumido inocente, não tenho o dever de fazer nada, muito pelo contrário, tenho o direito e a garantia de não falar, não agir em meu prejuízo.

Nesse aspecto, tanto a presunção da inocência como o direito à não autoincriminação estão ligados ao contraditório, e beneficiam o sujeito investigado/processado, eis que não poderão ser obrigados pelo juiz a fazer algo, a fornecer prova, ou de provar a sua inocência, nem mesmo serem tratados de outra forma que senão a de inocentes: impõe-se ao juiz da causa atuação negativa, ou seja, um 'não fazer'.

O instituto da presunção da inocência, além de ser uma vertente subjetiva a favor do acusado/arguido, também beneficia o Estado, como forma de organização do processo. Ou seja, o princípio da presunção da inocência funciona também como defesa objetiva do Estado, ou como princípio objetivo de organização do processo.

Muito embora o estudo do princípio acabe por ter mais força ou maior incidência como dimensão subjetiva, o Estado também pode beneficiar-se em suas decisões/julgamentos da referida presunção, como fator de maior credibilidade nas sentenças. Alerta-se ainda que para tal desiderato, é relevantíssima análise concernente a celeridade do processo. Apesar do texto constitucional brasileiro não mencionar expressamente como faz o português<sup>239</sup>, há a exigência da duração de um processo num *prazo curto*<sup>240</sup>, delimitando a produção de prova num *prazo razoável*<sup>241</sup>, mesmo porque o sujeito não pode ficar a mercê do Estado eternamente.

De fato, como sustenta Rui Patrício<sup>242</sup>, o processo criminal acaba *de per si* por restringir, suspender e até mesmo negar direitos do acusado enquanto cidadão, então, que esse estado de excepcional vulnerabilidade dure o mínimo possível, desde que, assevera ainda o autor, asseguradas as garantias de defesa.

---

<sup>239</sup> Ainda que o faça apenas expressamente desde a Revisão Constitucional de 1997 e em resultado de condenações várias no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem por aplicação da respectiva previsão na Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

<sup>240</sup> Expressão utilizada expressamente na Constituição Portuguesa, no nº 2 do art. 32º: "*Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no **mais curto prazo** compatível com as garantias de defesa*". (grifo nosso).

<sup>241</sup> Expressão empregada nas interpretações brasileiras.

<sup>242</sup> Rui PATRÍCIO (2000), ob. cit., p. 36.

Adverte-se porém, que o Estado tem total interesse que o processo seja construído, não lentamente (senão estaria ferindo o mandamento constitucional acima), mas também não de forma precipitada, pois o tempo lhe autoriza a construir e amadurecer um processo organizado, vasto em termos probatórios, o que legitima sobremaneira, uma sentença bem fundamentada (seja condenatória ou absolutória).

Se, realmente na prática houvesse a aplicação do pensamento contido na hipótese de inocência do acusado/arguido pela prática de um delito conseguiríamos sensivelmente a redução das possibilidades de incidirmos no exercício de uma justiça leviana. Não podemos ignorar, muito menos aceitar, juízes contaminados pela ignorância e por princípios equivocados de justiça por vezes difundidos pela mídia e formadores de opinião pública.

Por tudo o que foi exposto, nos convencemos que na esfera da liberdade e da autonomia que o ordenamento jurídico desenha em torno do sujeito<sup>243</sup>, o direito da não autoincriminação e o instituto da presunção da inocência aparecem como possibilidades, e como fundamentos dos limites ao poder punitivo do Estado, ainda que se venha a verter em uma condenação.

---

<sup>243</sup> E tal como aliás resulta, numa outra perspectiva, das regras sobre proibição de provas, nos termos referidos *supra* em 1.2.

## II A PERSECUTIO CRIMINIS E A VERDADE REAL – limitações proporcionais da reserva da vida privada.

### 1. A (im)possível busca da verdade real no processo penal

Uma das tarefas mais importantes do direito processual penal é elucidar o que de fato ocorreu, e que "nenhum responsável passe sem punição (*impunitum non relinqui facinus*) nem nenhum inocente seja condenado (*innocentum non condemnari*)"<sup>244</sup>. Para que o Estado-juiz chegue ao final de um processo e profira uma sentença (seja de absolvição ou condenação), um longo caminho deve ser por ele trilhado. E, neste caminho uma série de atos e provas são realizadas pelas partes para que o magistrado possa alcançar a certeza para decidir, mesmo porque, já dito por nós nos itens anteriores, remanescendo a dúvida no contexto probatório deverá o juiz absolver (princípio do *in dubio pro reo*).

Sendo assim, praticada a infração penal, surge para o Estado o direito/dever de punir, através da ação penal, que deve ser iniciada a partir de elementos mínimos, quais sejam, os indícios de autoria e de materialidade do delito. Pontuamos que, na maioria dos casos, os processos criminais são impulsionados por uma prévia investigação<sup>245</sup> sob autoridade da polícia judiciária, que é órgão da segurança do Estado, tendo como principal função apurar as infrações penais e sua autoria. Essa função da polícia judiciária é desempenhada por meio da investigação policial, cuja natureza é de ser um procedimento administrativo com característica inquisitiva, servindo, em regra, de base à pretensão punitiva do Estado formulada pelo Ministério Público, titular da ação penal de iniciativa pública.

Veremos que tanto o Brasil como Portugal possuem um sistema de investigação muito assemelhado entre si, porém com divergentes peculiaridades. No primeiro país apontado, as *atribuições* de polícia judiciária são da competência da Polícia Federal e da Polícia Civil dos estados, que atuam na repressão dos crimes. Ambas as polícias realizam uma atividade investigativa preliminar ao processo<sup>246</sup> que se materializa por meio de um procedimento

---

<sup>244</sup> Germano Marques da SILVA, *Curso de Processo Penal I*. Lisboa: Editora Verbo, 1993, p. 24.

<sup>245</sup> A investigação criminal ou judiciária é, no dizer do autor José Frederico MARQUES (in *Tratado de Direito Processual Penal*. Vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 181): "*momento pré-processual da Administração da Justiça Penal, que se insere na persecutio criminis*".

<sup>246</sup> Em apertada síntese, o que as diferencia são os crimes investigados. A Polícia Federal possui regra de competência constitucionalmente prevista nos incisos do § 1º do artigo 144º, já a Polícia Civil possui atribuições de investigações somente em crimes supletivos, ou seja, somente para os crimes que não são da alçada investigatória da Polícia Federal.

denominado *inquérito policial*, previsto nos artigos 4º a 23º do Código de Processo Penal Brasileiro.

No Brasil, tanto a Polícia Federal como a Polícia Civil conduzem o inquérito policial de forma independente, não havendo nenhuma relação de subordinação com nenhum órgão ou instituição, nem mesmo com o Ministério Público, a quem incumbe apenas o controle externo da atividade policial (notamos aqui uma particular diferença do sistema português em que a investigação policial é coordenada pelo Ministério Público).

Outrossim, esse controle externo apenas faculta ao Ministério Público a supervisão do andamento do inquérito, sem poderes, todavia para ingerir na presidência do inquérito policial, que cabe somente aos Delegados de Polícia. Contudo, não se afasta a possibilidade do Promotor de Justiça brasileiro em requisitar diligências complementares destinadas a melhor instruir o inquérito para um futuro oferecimento da ação penal.

A nomenclatura utilizada de polícia judiciária se justifica pois a polícia federal e a polícia civil em sede de procedimento preparatório ao processo penal (inquérito policial), auxiliam o poder judiciário brasileiro, através da recolha de provas e do esclarecimento da autoria e da materialidade do crime. Além disso, o inquérito policial exerce função social e inibidora da criminalidade. Dessa forma, "o inquérito policial no Brasil deve ser presidido pelo Delegado de Polícia (Estado Investigador), que fornece elementos à atuação do Ministério Público (Estado Acusador) que, por sua vez, fornece elementos para a atuação do Juiz (Estado Julgador)"<sup>247</sup>.

É oportuno ainda mencionar, que o inquérito policial presidido por Delegado de Polícia exerce o papel de limitação dos poderes do Estado acusador (Ministério Público), pois o Estado de Direito Democrático não se coaduna com a ideia da concentração dos poderes<sup>248</sup>. Na visão do autor brasileiro, José Afonso da Silva<sup>249</sup>, o "inquérito policial representa um contrapeso ao poder acusatório", pois se trata de um procedimento policial conduzido por autoridade que busca somente a obtenção da verdade real, sem compromisso com a futura acusação criminal. Cabe referir ainda que durante a investigação policial não é vedado o

---

<sup>247</sup> Bruno Fontenele CABRAL, *Direito comparado: os órgãos de segurança pública e a persecução criminal no Brasil e nos Estados Unidos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, nº 2150, 21 maio 2009. [Consult. 25 Mar 2013]. Disponível em: WWW:<<http://jus.com.br/revista/texto/12905/direito-comparado-os-orgaos-de-seguranca-publica-e-a-persecucao-criminal-no-brasil-e-nos-estados-unidos>><<http://jus.com.br/revista/texto/12905>>.

<sup>248</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>249</sup> José Afonso da SILVA. *Parecer sobre a possibilidade do Ministério Público presidir a investigação criminal*. [Consult. 26 Fev 2013]. Disponível em: WWW:<<http://www.folhadodelegado.jex.com.br/artigos+de+outros+autores/parecer+do+professor+jose+afonso+da+silva+sobre+a+possibilidade+do+ministerio+publico+presidir+investigacao+criminal>>.

acesso da defesa aos autos, assim como é em Portugal, tendo essa matéria inclusive, sido sumulada no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal, conforme a Súmula Vinculante nº 14<sup>250</sup>.

As disposições processuais penais brasileiras determinam que as polícias judiciárias (dentro de suas atribuições exclusivas), tão logo tomem conhecimento de um crime de ação penal pública<sup>251</sup>, devam proceder no intuito de revelar os indícios de autoria e materialidade. Para tanto, após as diligências apontadas no art. 6º do CPP (dirigir-se ao local dos fatos, isolamento do local, realização de perícias, oitiva das testemunhas, vítima, suspeito, etc), o Delegado de Polícia conclui o inquérito policial por meio de um relatório minucioso de suas atividades<sup>252</sup>. Sendo que todo esse procedimento de investigação preliminar ao ser encaminhado ao Poder Judiciário, poderá ou não, dar o fundamento para a propositura da ação penal pelo Ministério Público.

Certo é que, chegando os autos do inquérito policial, o Promotor de Justiça competente poderá agir de três formas: opinar pela *promoção de arquivamento*, por considerar inexistentes indícios mínimos de base à ação penal; *solicitar a produção de outras diligências* para formar a sua *opinio delicti*, caso entenda insuficientes os elementos probatórios nele constante; ou, em último caso, poderá *oferecer a ação penal*, que nos crimes de ação penal pública é feita por meio de uma denúncia.

O processo criminal em si só é formado no momento em que o juiz receber essa ação proposta pelo Ministério Público (denúncia) ou pelo ofendido (queixa-crime). A partir daqui o processo efetivamente se inicia, oportunizando ao réu prazo para sua defesa, sendo realizados posteriores atos pelas partes (devido processo legal), perfectibilizando assim a instrução criminal. Ao final deste devido processo o juiz formará a sua convicção para um juízo de absolvição ou um decreto condenatório.

---

<sup>250</sup> Súmula Vinculante nº 14, STF - "*É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa*".

<sup>251</sup> No Brasil as ações penais são classificadas conforme a titularidade da propositura, para tanto, há duas grandes espécies, a ação penal pública e a ação penal privada. Na primeira espécie, o titular exclusivo é o Promotor de Justiça que oferece a ação por meio de uma peça chamada denúncia. Essa espécie de ação ainda pode ser subdividida em ação penal pública incondicionada e ação penal pública condicionada, podendo neste caso ainda ser condicionada a representação do ofendido ou condicionada a requisição do Ministro da Justiça. Já para as ações privadas, cuja titularidade é do ofendido pode ser ainda subdividida em ação penal privada propriamente dita (autorizada a sucessão processual ao cônjuge, ascendentes, descendentes e irmãos), ação penal privada personalíssima (não autorizada a sucessão) e a ação penal privada subsidiária da pública (que surge diante da inércia do Ministério Público). Em Portugal as classificações são assemelhadas as do Brasil, havendo os crimes públicos, os semipúblicos e os crimes particulares.

<sup>252</sup> CPP - Art. 10º. *O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela. § 1º A autoridade fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará autos ao juiz competente. [...](grifo nosso)*



Em Portugal, entretanto, a Polícia Judiciária é o principal órgão policial de investigação criminal, direcionada para o combate à grande criminalidade nomeadamente ao crime organizado, terrorismo, tráfico de entorpecentes, corrupção e criminalidade econômica e financeira. A Polícia Judiciária integra o Ministério da Justiça e atua sob orientação do Ministério Público. Em contrapartida, a investigação de pequenos crimes e outros delitos compete, nas suas diversas áreas de atuação, a outras corporações policiais, como por exemplo a Polícia de Segurança Pública<sup>253</sup>, a Guarda Nacional Republicana<sup>254</sup>, a Autoridade de Segurança Alimentar e Económica<sup>255</sup>, dentre outras.

Conforme já mencionado, no sistema investigativo português, ao contrário do brasileiro, o inquérito é realizado sob a coordenação do Promotor de Justiça (Ministério Público)<sup>256</sup>, atuando os órgãos de polícia criminal sob a respetiva direta orientação e dependência funcional.

Muito embora não seja tema específico deste estudo, não conseguiríamos prosseguir sem antes abrirmos um parêntese para criticarmos essa estrutura proposta pelas disposições legais portuguesas. Como se viu, o Ministério Público em Portugal, assim como em outros países, como os Estados Unidos, por exemplo, assume a coordenação do inquérito, conduzindo toda a investigação, e no exercício do poder de direção do inquérito, como alerta Jorge Gaspar<sup>257</sup>, deve o Promotor de Justiça lembrar-se do "dever que tem de contribuir para o reforço da posição jurídico do arguido". Mas como isso seria possível? Se o Ministério Público que é integrante do poder judicial, se é o responsável em fazer que essa investigação

---

<sup>253</sup> A Polícia de Segurança Pública, designada por PSP, é uma força de segurança, uniformizada e armada, com natureza de serviço público e dotada de autonomia administrativa. A PSP tem por missão assegurar a legalidade democrática, garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos, nos termos da Constituição e da lei. [Consult. 26 Mar 2013]. Disponível em: WWW:<<http://www.psp.pt/Pages/defaultPSP.aspx>>.

<sup>254</sup> A Guarda Nacional Republicana, designada por GNR, é uma força de segurança de natureza militar, constituída por militares organizados num corpo especial de tropas e dotada de autonomia administrativa, com jurisdição em todo o território nacional e no mar territorial. A Guarda tem por missão, no âmbito dos sistemas nacionais de segurança e protecção, assegurar a legalidade democrática, garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos, bem como colaborar na execução da política de defesa nacional, nos termos da Constituição e da lei. [Consult. 26 Mar 2013]. Disponível em: WWW:<<http://www.gnr.pt/default.asp?do=t04/14tn0vCnpn1/qrsv0vpn1EE>>.

<sup>255</sup> A Autoridade de Segurança Alimentar e Económica, designada por ASAE, é a autoridade administrativa nacional especializada no âmbito da segurança alimentar e da fiscalização económica. Deste modo, é responsável pela avaliação e comunicação dos riscos na cadeia alimentar, bem como pela disciplina do exercício das actividades económicas nos sectores alimentar e não alimentar, mediante a fiscalização e prevenção do cumprimento da legislação reguladora das mesmas. [Consult. 26 Mar 2013]. Disponível em: WWW:<<http://www.asae.pt/>>.

<sup>256</sup> Conforme disposições do art. 263º do Código de Processo Penal Português: *1 - A direcção do inquérito cabe ao Ministério Público, assistido pelos órgãos de polícia criminal. 2 - Para efeito do disposto no número anterior, os órgãos de polícia criminal actuam sob a directa orientação do Ministério Público e na sua dependência funcional.*

<sup>257</sup> Jorge GASPAR, *Titulariedade da Investigação Criminal e Posição Jurídica do Arguido*. Separata da Revista do Ministério Público, nº 87/88. Lisboa, 2000, p. 49-50.

preliminar deságue num processo penal que se inicia por meio de uma ação penal, cuja titulariedade acusatória é dele mesmo? Seria de extrema ingenuidade acreditar que o Ministério Público não tem interesse na acusação, visando apenas a "busca da verdade material e na realização da justiça, em estrita obediência a critérios de legalidade e objectividade", como defendem Fernando Gonçalves e Manuel Alves<sup>258</sup>. Note-se que não se está a menosprezar a estrutura em que se funda as investigações portuguesas, se está a criticá-las eis que, da forma como se impõe, seria o mesmo que na prática fechar os olhos ou negar o próprio processo penal.

No Brasil, embora a atividade policial seja realizada de forma autônoma, em que a investigação criminal prévia é realizada sob a presidência do Delegado de Polícia, e o Ministério Público seja um órgão autônomo, desvinculado do Judiciário, há forte discussão, inclusive no Supremo Tribunal Federal (ver julgamentos em andamento - na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3836, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, em 2006; e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3806, proposta pela Associação Nacional dos Delegados de Polícia de Polícia Federal - ADPF, também em 2006) sobre a possibilidade ou não do Ministério Público investigar crimes<sup>259</sup>. O que voltamos a sustentar, não concordamos, pelo simples fato de que se assim fosse, haveria verdadeiro retrocesso ao autoritário e já falido sistema inquisitivo. No entanto, embora refutemos essa possibilidade, não é o que nos parece ocorrer, visto já haver uma certa tendência em autorizar e dotar o membro do *Parquet* com poderes investigatórios. E em sendo assim, o sistema brasileiro teria mais similitudes com o português do que até agora então previsto.

Fechado o parêntese, prosseguimos em apontar como peculiar característica ainda o fato que, em Portugal na fase do inquérito, a defesa não tem acesso aos autos do processo, sendo desconhecadora das provas que contra o arguido vão sendo recolhidas<sup>260</sup> (ver a diferença de tratamento no Brasil em que pese a Súmula Vinculante nº 14 do STF).

Dando continuidade nos estudos, observamos que em Portugal há a existência de mais uma fase, chamada de instrução<sup>261</sup> que ocorre entre o inquérito e o julgamento, que também é

---

<sup>258</sup> Fernando GONÇALVES; Manuel João ALVES, *A prisão preventiva e as restantes medidas de coacção. A providência do habeas corpus em virtude de prisão legal*. Coimbra: Almedina Editora, novembro 2003, p. 46.

<sup>259</sup> Registramos que havia no Brasil uma Proposta de Emenda Constitucional tendente a tornar a investigação criminal privativa das polícias judiciárias (excluindo o Ministério Público), contudo a referida PEC 37 no final do mês de junho do corrente ano foi derrubada.

<sup>260</sup> Germano Marques da SILVA (1993), ob. cit., p. 37-38.

<sup>261</sup> Esta fase de instrução, que não existe no Brasil, está prevista nos artigos 286º a 310º do CPP português. A título de conhecimento, no Brasil tramita um projeto de lei para a incursão no sistema processual de um juiz das garantias, semelhante a figura do juiz da instrução português. Caso o projeto de lei do Senado nº 156/2009 seja

dominada pelo sistema inquisitivo, eis que o juiz português goza de poderes investigatórios<sup>262</sup>. Somente nesta última fase de julgamento é que a base do sistema se transforma efetivamente em acusatória.

Neste breve estudo comparado, percebemos que em ambas as nações, portuguesa e brasileira, há uma estrutura acusatória<sup>263</sup>, contudo, pontuamos não ser um sistema acusatório puro, mesmo porque previamente à existência do processo criminal há um *procedimento inquisitivo* de investigação que é o inquérito policial<sup>264</sup>.

Muito embora haja essa mitigação do sistema acusatório, notável asseverar que durante a persecução criminal luso-brasileira, que se inicia com as atividades investigatórias policiais e se encerra com a sentença proferida pelo Judiciário, há uma constante e inarredável busca pela verdade (real) fática. Os códigos processuais penais dos dois países comparados apresentam uma série de atos, diligências e provas que podem ser feitas no decorrer da *persecutio criminis*, dos quais o Estado-juiz invocará para fundamentar seu julgamento (tudo baseado na verdade).

Antecipamos que essa busca é tarefa árdua e por muitas vezes até impossível de ser alcançada no processo criminal. Sobre essa difícil e (im)possível busca da verdade que passaremos, nas linhas abaixo, a explicitar.

Já vimos pois, que em matéria criminal imperiosa é a prova da autoria e da materialidade, para só então ser possível a aplicação da lei penal sancionatória, por isso mesmo que a finalidade da prova criminal é o alcance da verdade real. Ou seja, partimos do pressuposto da verdade. Mas o que é a verdade? Sobre as conceituações e possibilidade ou

---

aprovado, o juiz das garantias passará a ser o responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário.

<sup>262</sup> Conforme o n° 1 do art. 290° do CPP Português - *Actos do juiz de instrução e actos delegáveis: 1 - O juiz pratica todos os actos necessários à realização das finalidades referidas no artigo 286°, n° 1.*

<sup>263</sup> Na definição de Geraldo PRADO, o sistema acusatório compreende normas e princípios fundamentais, ordenadamente dispostos e orientados a partir do principal princípio, que herda o nome *acusatório*, em que impera a igualdade e o indivíduo é sujeito de direitos do processo. In *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

<sup>264</sup> Antigamente, na vigência do sistema inquisitório, o juiz era o *dominus* do processo atuando mesmo sem ser provocado pelas partes (*ex officio*), e, ao mesmo tempo que ele julgava também lhe era autorizado produzir provas, "promovendo buscas, apreensões, audição de testemunhas, realização de perícias, vistorias, enfim todas as diligências promissoras do conhecimento da verdade", como nos ensina Fernando GONÇALVES e Manuel ALVES (2003), ob. cit., p. 30. Hoje, isso não mais é aceito, em decorrência do princípio da separação das funções, que significa, nas palavras de José Joaquim Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA (1993), ob. cit., p. 205-206: "*que só se pode ser julgado por um crime precedendo acusação por esse crime por parte de um órgão distinto do julgador, sendo a acusação condição e limite do julgamento*".

não de se alcançar uma verdade no processo penal, inúmeros doutrinadores se debruçaram para a criação e sustento de suas teorias<sup>265</sup>.

De antemão, invocamos Aristóteles<sup>266</sup> que já reconhecia que "nunca se alcança a verdade do todo, nem nunca se está totalmente alheio a ela". Os autores Luigi Ferrajoli e Francesco Carnelutti também tinham nos seus debates o problema da "verdade", tendo inclusive Carnelutti afirmado a partir de Heidegger, "que a verdade está no todo, e o todo é demais para nós (*"la verità è nel tutto, non nella parte; e il tutto è troppo per noi"*)"<sup>267</sup>.

Ademais, assevera Ferrajoli<sup>268</sup>, ser impossível formular um critério seguro de verdade acerca de uma tese jurídica, visto que a verdade "certa", "objetiva" ou "absoluta" representa sempre expressão de um ideal inalcançável. Pensar-se o contrário, complementa o autor italiano, ou seja, que se pode de fato, na seara do conhecimento humano, "conseguir e asseverar" uma verdade objetiva ou absolutamente certa é, na realidade, uma ingenuidade epistemológica<sup>269</sup>.

A verdade que inicialmente trataremos é a chamada *verdade real*, a qual visa a reconstrução completa dos fatos, tal como se deram, impedindo-se, assim, que um sujeito seja condenado quando não comprovado, de forma cabal, a autoria e o nexo com a materialidade do delito. Essa verdade real nada mais é do que a busca, através da instrução criminal, de que os fatos imputados ao réu, na denúncia ou na queixa-crime, realmente ocorreram e que ele foi o responsável<sup>270</sup>.

---

<sup>265</sup> Via de regra, o processo é apontado como verdadeiro instrumento que permite ao julgador conhecer a verdade sobre os fatos, conforme Francisco das Neves BAPTISTA (in *O mito da verdade real na dogmática do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 20). Ocorre que há quem negue a possibilidade de o processo atingir a verdade, ou até mesmo, como prossegue o mesmo autor, há quem considere a verdade irrelevante para a decisão processual. Para este último caso, Baptista adverte sobre as concepções retóricas do processo, em que o processo nada seria mais do que um jogo retórico-persuasivo, "*cujo aspecto mais relevante é a tática de convencimento com a qual os advogados, promotores de justiça buscam trazer para o seu favor a escolha final do juiz, influenciando sua decisão a favor de uma ou outra story*" (Francisco das Neves BAPTISTA, ob. cit., p. 22-23).

<sup>266</sup> ARISTÓTELES. *Metafísica*, 993a, in Obras, p. 928, *apud* Francisco das Neves BAPTISTA, *idem*, p. 30.

<sup>267</sup> Francesco CARNELUTTI, *Verità, dubio e certezza*. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Vol. XX (II série), 1965, p. 5.

<sup>268</sup> Luigi FERRAJOLI, *Derecho y razón*. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 50.

<sup>269</sup> Na mesma linha de entendimento, prega a doutrina de Rogerio Lauria TUCCI ao afirmar que a: "[...] verdade, de modo absoluto, objetivamente considerada, não pertence ao homem, mas, tão só, a Deus. Daí porque, na arguta observação de PASQUALE TUOZZI, sua perquirição, como em toda forma de conhecimento humano, restringe-se à probabilidade de conceber uma ideia, mais ou menos exata, sobre a ocorrência de prática tida como delituosa; vale dizer, uma ideia constitutiva de certeza". In *Da Ação do Processo Civil na Teoria e na Prática*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 91.

<sup>270</sup> Lembramos que o réu, tanto em Portugal como no Brasil, não precisam comprovar sua inocência, dado que, mesmo após ter ocorrido a acusação pelo Ministério Público, goza do benefício da presunção da inocência. Como já mencionado, se as provas constantes nos autos forem insuficientes para a condenação do réu, o mesmo deverá ser absolvido.

Muito embora pareça um conceito simples e de fácil percepção doutrinária, na prática se revela ao revés. A verdade real defendida por muitos processualistas, de fato só seria possível se pudéssemos regressar no tempo, e realmente *tudo* que aconteceu sobre o evento criminoso, pudesse ser fidedignamente reconstituído. Assim, o julgador não teria apenas uma mera compreensão sobre a ocorrência do delito, eis que a ele seria dado o domínio da verdade dos acontecimentos.

Como sabemos, uma instrução criminal, por uma série de fatores (por exemplo: nº de réus; nº de delitos cometidos; nº de vítimas; complexidade da causa; qualidade das provas; escassez de recursos, tanto da Polícia como do Judiciário; grande quantidade de processos sob responsabilidade de apenas um magistrado; etc), pode ter demasiada morosidade.

E o tempo acaba sendo um forte oponente na busca da reconstrução dos fatos, em especial aos vestígios do crime que desaparecem, além da credibilidade do depoimento das testemunhas, eis ser normal e lógico, que quanto mais o tempo se distancie menos a memória tende a nos favorecer (famoso esquecimento).

Sem deixar de falar que a verdade pode ser distorcida, aumentada, ou diminuída, conforme o próprio interesse, por exemplo, que a vítima tem em recuperar a *res furtiva*, ou em querer a responsabilização por aquele que lhe atentou contra a sua vida.

Há uma complexidade considerável a volta da dita verdade real, que, na visão de Fabrício da Mata Corrêa<sup>271</sup>:

*"[...] nem mesmo uma pessoa presenciando a prática de um fato criminoso, pode-se considerar capaz de expressar toda verdade envolvida na execução do citado crime, isso porque ao presenciar o fato ela simplesmente o faz em relação a um único momento dentro de uma cadeia que consubstancia o evento criminoso. Nem mesmo o agente praticante da infração penal, que teoricamente possui conhecimento sobre o inter criminis, possui controle de tudo que ocorre na execução e por isso nem ele é capaz de passar toda essa verdade".*

Para Aury Lopes Júnior<sup>272</sup>, o processo penal seria um modo de construção do convencimento do juiz, fazendo com que as limitações iminentes à prova afetem a construção e os próprios limites desse convencimento. Os "próprios contornos conceituais da verdade real são imprecisos, o que torna preocupante a sua adoção como princípio processual", como reforça Francisco Baptista<sup>273</sup>.

---

<sup>271</sup> Fabrício da Mata CORRÊA, *O Mito da Verdade Real*. [Consult. 24 Mar 2013]. Disponível em: WWW:<<http://atualidadesdodireito.com.br/fabriciocorrea/2013/01/18/o-mito-da-verdade-real/>>.

<sup>272</sup> Aury LOPES JÚNIOR (2012), ob. cit., p. 565.

<sup>273</sup> Francisco das Neves BAPTISTA (2001), ob. cit., p. 38.

A busca da verdade no campo processual só é efetivada por meio de um processo de reconstrução histórica, por isso mesmo Calamandrei<sup>274</sup> compara a atividade do juiz a de um historiador. Este historiador, prossegue o autor, por sua vez, deverá reconstruir um fato ocorrido no passado, que não mais se repete, por isso mesmo que não se autoriza ao juiz criminal atingir uma certeza absoluta.

Por mais que a prova seja muito bem produzida no processo, ela jamais propiciará certeza ao julgador, mas tão somente um *grau aproximado*, maior ou menor, da certeza dos fatos. Ademais, esta verdade do processo só pode ser atingida em obediência às próprias forças do processo, "as quais se quedam moldadas, seja pela impossibilidade humana de apreender a verdade absoluta, seja, ainda, pela imperiosidade de o processo adequar-se a regramentos ético-jurídicos inafastáveis [...]"<sup>275</sup>.

Diante do moderno processo penal calcado num sistema acusatório, como já delineado nas páginas anteriores, não mais se autoriza o divórcio dos princípios estruturantes e inerentes do Estado de Direito. Motivo pelo qual um processo penal desenfreado, ou um magistrado com pré-julgamentos acerca do deslinde processual, não mais se coaduna e não se sustenta nos dias atuais.

É importante mencionar que essa "verdade real" (ou verdade material), princípio relevante do processo penal, se contrapõe a outra espécie ou modalidade de verdade, que é a "verdade formal", que incide no processo civil<sup>276</sup>. Convém também diferenciar a sistemática do processo civil para com o processo penal, além das distinções entre matéria civil ou penal, dos interesses privados ou públicos. Sendo assim, é preciso que o leitor perceba que os dois ramos do direito acima referidos possuem diferenças notórias que, seguramente, refletem no agir, no tratar e no proceder do sistema num todo.

Esclarecemos que no processo penal, o fato investigado no processo deve corresponder ao que está fora dele em toda sua plenitude, sem quaisquer artifícios, sem presunções ou ficções. Mesmo porque o interesse do processo penal ultrapassa a esfera privada aplicada ao

---

<sup>274</sup> Pietro CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*. Rivista di Diritto Processuale Civile. Milano: Giuffrè, 1939, p. 105, *apud* Gustavo Henrique Righi Ivahy BADARÓ (2003), *ob. cit.*, p. 28.

<sup>275</sup> Heider Fiuza de OLIVEIRA FILHO, *Princípio da Verdade Real no Processo Penal*. [Consult. 24 Mar 2013]. Disponível em: WWW:<<http://pt.scribd.com/doc/24959904/PRINCIPIO-VERDADE-REAL>>.

<sup>276</sup> Advertimos que o doutrinador brasileiro Gustavo Henrique Righi Ivahy BADARÓ (2003), *ob. cit.*, p. 32-34, contrapõe-se as distinções entre a verdade real e a verdade formal. Para o referido autor, se partirmos da premissa que o juiz jamais alcançaria uma verdade absoluta, não assistiria razão nas distinções, aliás, "se a intenção é designar com tal expressão uma verdade histórica ou empírica, relativa à realidade fenomenica, certamente esta verdade não é atingível por intermédio dos meios e investigação utilizados pela ciência processual". Não existem verdades distintas, o que existe, para ele, são limites distintos para a obtenção da verdade.

processo civil, visto que na seara criminal os bens tutelados são indisponíveis (estamos falando de bens como a vida, a liberdade, a integridade física, entre outros).

Há o interesse público no processo penal em estabelecer a verdade dos fatos e apurar responsabilidades, em defesa do bem estar mais amplo da sociedade, que vai além dos interesses das partes<sup>277</sup>. Diferentemente do que ocorre no processo civil, em que o Estado-juiz se coloca em uma posição mais do que imparcial diante das partes<sup>278</sup>, deixando a cargo destas produzirem as provas que irá julgar: é o predomínio da verdade formal<sup>279</sup>. Ou seja, o juiz se contém com as provas que são produzidas pelas partes, na realidade este juiz civilista se contenta com a verdade que as partes *trazem* para ele.

Já o juiz criminalista parece dever ir além dessa verdade e sai da posição de espectador, tendo liberdade de apreciar as provas apresentadas (princípio da livre apreciação da prova pelo magistrado). Precisamente por esta razão, os códigos processuais penais de Portugal e do Brasil reforçam uma certa iniciativa de prova aos seus magistrados<sup>280</sup>, mas sem abandonar a estrutura acusatória imposta pelo Poder Constituinte<sup>281</sup>, no que tange às divisões das funções dentro do processo.

<sup>277</sup> [Consult. 24 Mar 2013]. Disponível em: WWW:<<http://www.sul21.com.br/jornal/2012/02/verdade-real/>>.

<sup>278</sup> Ressaltamos que o processo penal também é construído sob a ótica de um juiz imparcial, visto ser a imparcialidade princípio peculiar do sistema acusatório, além de possuir incidência obrigatória em qualquer ramo. *"Ser imparcial, num Estado Democrático de Direito, significa proporcionar igualdade de condições aos litigantes, e isso só se atinge com um juiz atuante e efetivo"* - ver em Roberta Fussieger BRIÃO, *Os poderes instrutórios do juiz e a busca da verdade real no processo civil moderno*. [Consult. 24 Mar 2013]. Disponível em: WWW:<<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/PODERES%20INSTRUTORIOS%20DO%20JUIZ%20E%20A%20BUSCA%20DA%20VERDADE%20REAL%20-%20Roberta%20Fussieger%20Bri%C3%A3o.pdf>>.

<sup>279</sup> [Consult. 24 Mar 2013]. Disponível em: WWW:<<http://www.sul21.com.br/jornal/2012/02/verdade-real/>>.

<sup>280</sup> Vejamos por exemplo, no artigo 156º do CPP do Brasil: *"A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante"*. Este dispositivo autoriza que o juiz possa buscar a prova, ou melhor, buscar a verdade, todavia, não é um poder ilimitado, senão retrocederíamos ao sistema inquisitivo. Apenas nos dois casos apresentados pelos dois incisos é que pode o juiz agir de ofício. O CPP português, por sua vez, também contempla regra semelhante, ao dispor no nº 1 do art. 340º que: *"O tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa"*. No mesmo sentido, as alíneas a e b do art. 323º; o nº 1 do art 53º; o art. 158º; a alínea c, do nº 1 do art. 181º; e o nº 1 do art. 299º, todos do CPP. Muito embora os dispositivos do Brasil e de Portugal aqui expostos tenham na sua essência a mesma base, qual seja, um agir de ofício apenas em *postremo casu*, visualizamos que em Portugal o sistema é mais tolerante com este modo de agir, mesmo porque não há a imposição de casos específicos e restritos como ocorre nos dois incisos do artigo 156º do CPP brasileiro. A doutrina portuguesa, acompanhando a legislação, complementa que a máxima acusatoriedade do processo penal é temperada com o Princípio da investigação judicial, cujo estabelecimento além de estar no CPP aparece na Lei nº 43/86, em específico no art. 2º, nº 2, al. 4. Esse princípio autoriza que, em última instância, recaia sobre o juiz o ônus de investigar e determinar oficiosamente o fato submetido a julgamento. Ver mais em Fernando GONÇALVES; Manuel João ALVES (2003), ob. cit., p. 36.

<sup>281</sup> O novo código de processo civil português se mostra bastante assente no princípio inquisitório - ver mais em <<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=37372>>.

A partir de uma leitura acusatória em que se fundam os textos processuais penais de Portugal e do Brasil, nos filiamos a doutrina de que a *verdade real* imposta aos processos criminais seria uma utopia, ou um mito. Como afirma com propriedade Thiago Minagé<sup>282</sup>, a "verdade real nada mais é que uma falácia dos métodos interpretativos ainda utilizados em nosso âmbito jurídico". E, muito embora os processualistas defendam a incidência dela, na realidade, essa *verdade real* é impossível de ser alcançada pelos anteriores motivos/fundamentos expostos, como alcança da notável lição de Joseph Goebbels<sup>283</sup> de acordo com a qual, "uma boa mentira, repetida centenas de vezes, acaba se tornando uma verdade" - ou no caso do processo penal, diríamos nós, uma verdade real ou substancial.

Esse mito da verdade real se relaciona com a própria estrutura do sistema inquisitório, como realça Aury Lopes Júnior<sup>284</sup>, com sistemas políticos autoritários, na busca de uma verdade a qualquer custo aliada a figura do juiz-ator (inquisidor). Em relação a este juiz, entende Figueiredo Dias<sup>285</sup>, que não passava de um burocrata da justiça, dotado de discricionariedade, dependente do poder político, que decidia *se e como*, o *thema probandum* e a tramitação.

Complementa Aury<sup>286</sup>, que este mito da verdade real é usado para "justificar os atos abusivos do Estado, na mesma lógica em que os fins justificam os meios", reforçando a ideia de que na época da inquisição o suspeito não passava de um objeto processual, desprovido ou despido de quaisquer direitos, liberdades e garantias. Talvez o mal maior causado pela verdade real tenha sido, no entender de Pacelli<sup>287</sup>, a:

*"[...] disseminação de uma cultura inquisitiva, que terminou por atingir praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. Com efeito, a crença inabalável segundo a qual a verdade estava efetivamente ao alcance do Estado foi a responsável pela implantação da ideia acerca da necessidade inadiável de sua persecução, como meta principal do processo penal".*

Por todos estes motivos e razões apontadas, acreditamos que a verdade existente na seara criminal seria uma *verdade processual*, tese defendida por Ferrajoli, em que não mais se assenta em uma certeza comprovada de forma científica, mas sim numa ideia de *probabilidade*. Para Ferrajoli<sup>288</sup>, a verdade processual não é aquela que pretende ser a

---

<sup>282</sup> Thiago M. MINAGÉ, *O significado da "verdade real" no processo penal e suas consequências e limites interpretativos*. Boletim Informativo do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal - IBRASPP. Ano 02, nº 02, 2012, p. 13.

<sup>283</sup> *Apud* Aury LOPES JÚNIOR (2012), ob. cit., p. 565.

<sup>284</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 566.

<sup>285</sup> Jorge de Figueiredo DIAS (1988-9), ob. cit., p. 38.

<sup>286</sup> Aury LOPES JÚNIOR (2012), ob. cit., p. 566.

<sup>287</sup> Eugênio PACELLI, *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 323.

<sup>288</sup> Luigi FERRAJOLI (1995), ob. cit., p. 57.



*verdade*, não é a obtida mediante indagações inquisitoriais alheias ao objeto processual, mas sim condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e garantias da defesa.

Maria Elizabeth Queijo<sup>289</sup> lembra que se não se admitisse a verdade processual como aproximativa, toda a persecução criminal seria inviabilizada, eis que:

*"Depois, dentro e fora do processo, a verdade é sempre relativa, limitada, pela natureza das coisas. A não-aceitação da verdade processual como verdade limitada conduziria, realmente, como salientado por Ferrajoli, à paralisação da justiça. E, inexoravelmente, à inviabilização de toda persecução penal".*

Conforme entende Germano Marques da Silva<sup>290</sup>, a verdade processual "não é senão o resultado probatório processualmente válido, isto é, convicção de que certa alegação singular de facto é justificavelmente aceitável como pressuposto da decisão, obtida por meios processualmente válidos". Informamos que "aceitar a limitação da verdade processual, como verdade aproximativa, probabilística, não significa aceitar a dúvida no processo penal como sucedâneo da verdade. Se a verdade processual não conduzir ao convencimento quanto à culpabilidade, prevalecerá o *in dubio pro reo*"<sup>291</sup>.

Para que ao final do processo haja uma sentença justa, necessariamente os fundamentos dessa decisão devem estar em compatibilidade com o sistema processual que vivemos. "O processo penal é, assim, o espelho do estágio da evolução cultural, ético-social e jurídico de uma determinada sociedade ou comunidade, da sua tradição histórica e dos seus mais relevantes valores de civilização e cultura"<sup>292</sup>.

Não defendemos, logicamente, o abandono da busca da verdade. Até porque a renúncia da busca da verdade na seara criminal, seria o mesmo que abdicar de uma decisão justa, "reduzindo o processo a um mero método de resolução de conflitos de partes, no qual o fim de pacificação social pode ser atingido independentemente do modo de atuação e da exigência de uma reconstrução verdadeira dos fatos"<sup>293</sup>. Salienta Taruffo<sup>294</sup> que a opção por uma decisão que não seja justa é estranha à concepção racional e democrática da justiça, que caracteriza a atual cultura jurídica ocidental.

Entendemos, sobretudo, que se deva impor ao sistema como um todo, um novo *olhar*, ou uma *nova era*, baseada na democraticidade e na lealdade das investigações criminais,

---

<sup>289</sup> Maria Elizabeth QUEIJO (2003), ob. cit., p. 37.

<sup>290</sup> Germano Marques da SILVA, *Curso de Processo Penal II*. Lisboa: Editora Verbo, 1993, p. 96.

<sup>291</sup> Maria Elizabeth QUEIJO (2003), ob. cit., p. 37.

<sup>292</sup> Fernando GONÇALVES; Manuel João ALVES (2003), ob. cit., p. 25.

<sup>293</sup> Gustavo Henrique Righi Ivahy BADARÓ (2003), ob. cit., p. 24-25.

<sup>294</sup> Michele TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 2, *apud* Gustavo Henrique Righi Ivahy BADARÓ (2003), *idem*, p. 24.

como propunha Manuel Valente<sup>295</sup>. Por isso, as investigações criminais e por consequência o processo criminal em si, devem, através de "técnicas de obtenção e meios de prova em processo penal"<sup>296</sup>, almejar a promoção da "materialização do princípios e dos direitos próprios de um Estado de Direito Democrático, ou seja, devem materializar o princípio democrático como forma de legitimação do poder, de forma que se torne no impulso dirigente de uma sociedade"<sup>297</sup>.

Já tratamos no capítulo anterior, da proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, o que de fato, nos autoriza também a mencionar ser de extrema relevância no tratamento dado à matéria probatória no processo penal. Mesmo porque, determinados métodos de obtenção de prova são inadmissíveis ou ilegítimos, não podendo assim, serem valorados. Estamos falando das proibições de valoração de provas obtidas mediante, tortura, coação, ofensa à integridade física ou moral das pessoas, intromissão na vida privada de forma abusiva, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações. No processo penal a perseguição de delitos está balizada por limites ético-jurídicos que não podem ser anulados.

A este propósito, nos utilizamos das sábias palavras destacadas por Ada Pellegrini Grinover; Antonio Scarance Fernandes; Antonio Magalhães Gomes Filho<sup>298</sup>:

*"Se a finalidade do processo não é a de aplicar a pena ao réu de qualquer modo, a verdade deve ser obtida de acordo com uma forma moral inatacável. O método através do qual se indaga deve constituir, por si só, um valor, restringindo o campo em que se exerce a atuação do juiz e das partes. Assim entendido, o rito probatório não configura um formalismo inútil, transformando-se, ele próprio, em um escopo a ser visado, em uma exigência ética a ser respeitada, em um instrumento de garantia para o indivíduo. A legalidade na disciplina da prova não indica um retorno ao sistema da prova legal, mas assinala a defesa das formas processuais em nome da tutela dos direitos do acusado: as velhas regras da prova legal apresentavam-se como regras para a melhor pesquisa da verdade; seu valor era um valor de verdade. Hoje, bem pelo contrário, as regras probatórias devem ser vistas como normas de tutela da esfera pessoal de liberdade: seu valor é um valor de garantia".*

Conforme o exposto, várias situações limitam, restringem ou excepcionam o alcance de uma *verdade absoluta, ou real*, tais como: o caráter ilícito das provas; a vedação da revisão criminal em favor da sociedade (revisão *pro societate*); a dignidade da pessoa humana; o princípio do *in dubio pro reo*; etc. Para melhor compreensão, imaginamos que durante uma persecução criminal tenha ocorrido vício de inconstitucionalidade, eis que obtida uma prova

---

<sup>295</sup> Manuel Monteiro Guedes VALENTE, *Regime Jurídico da Investigação Criminal – Comentado e Anotado*. Coimbra: Almedina Editora, setembro 2003, p. 35.

<sup>296</sup> Manuel Monteiro Guedes VALENTE (2003), *idem*, p. 36.

<sup>297</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>298</sup> Ada Pellegrini GRINOVER; Antonio Scarance FERNANDES; Antonio Magalhães GOMES FILHO, *As Nulidades no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 128.

de forma ilícita; este sujeito que efetivamente foi o responsável pelo delito imputado deverá ser absolvido, com uma evidente desconformidade entre as verdades processual e fática<sup>299</sup>.

Por isso mesmo comungamos da tese defendida pelo jurista italiano Ferrajoli, em que seria impossível o alcance de uma verdade absoluta nas perseguições criminais, somente sendo possível a busca de uma *verdade processual*, que no processo só se alcançará com ampla produção de provas, com a garantia da ampla defesa, observados os direitos fundamentais e os limites impostos pelas próprias constituições, com especial destaque à dignidade da pessoa processada.

## 2. A dignidade da pessoa humana como limitação do poder de punir

A convalidação de um mero direito de defesa para uma cobrança de postura ativa/positiva perante o ente estatal, como destacamos anteriormente, fundamentou uma diversa tutela dos direitos fundamentais, seja enquanto direitos individuais, sociais e/ou coletivos. Nas palavras de Gustavo Zagrebelsky<sup>300</sup>:

*"La creación de los derechos determinaba el límite entre el poder del Estado y la libertad de los particulares y, según los principios del Estado de derecho, como se ha visto, esta determinación era tarea de la ley. Los distintos derechos se reducían así, 'a una aplicación caso por caso de aquel general principio formal según el cual los órganos de la administración, de acuerdo con la idea de Estado de derecho, sólo podían intervenir en la libertad y en la propiedad de los particulares sobre la base y dentro de los límites establecidos por la ley'".*

Vimos que a busca da verdade real fez com que as autoridades pretendessem adotar práticas jurídicas sem quaisquer limitações/restrições, "terminando por desaguar em decisões fundadas unicamente no subjetivismo do juiz, deixando o cidadão descoberto e afastado do princípio da legalidade"<sup>301</sup>. Ora, tal pretensão é abominável nos sistemas hodiernos.

Os avanços tecnológicos e a globalização são exemplos sensíveis de consideráveis mudanças sociais no mundo contemporâneo. E essas alterações vividas impõem um repensar por parte daqueles que editam as normas de um país. Os legisladores acabam por vezes atrasados na tarefa de regular comportamentos e estabelecer condutas proibidas eis que a modernização, os fatores culturais e sociais estão em uma veloz e constante mudança.

---

<sup>299</sup> José Osterno Campos ARAÚJO, *Verdade real possível no Processo Penal*. [Consult. 24 Mar 2013]. Disponível em: WWW:<<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2459/Verdade-real-possivel-no-Processo-Penal>>.

<sup>300</sup> Gustavo ZAGREBELSKY, *El Derecho Dúctil*. 5. ed. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 48.

<sup>301</sup> Eugênio Pacelli de OLIVEIRA, *O Supremo e as garantias processuais: verdades, mentiras e outras indagações*. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos. Vol. 8. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 157.

Contudo, a tarefa de legislar é necessária, ainda mais no campo do direito penal que regula as condutas ilícitas e fixa as correspondentes penas, mas que também imporá limites ao poder estatal.

Ademais, se o ente estatal assumiu para si o monopólio do direito de punir, impõe-se a necessidade de que também sejam estabelecidos limites ao exercício este *ius puniendi*, sob pena de retrocesso às bases inquisitivas. O "principal objetivo da criação do Estado é contrarrestar o mal que surge do desejo que o homem tem em transgredir seus próprios limites, e a discórdia produzida por tal apropriação indevida dos direitos dos outros"<sup>302</sup>. O poder público está legitimamente investido do poder de "regulamentar os mandamentos constitucionais expressos ou implícitos de penalização como incremento de proteção aos direitos fundamentais (...), incriminando abstratamente possíveis ofensas concretas aos bens jurídicos a eles correlatos"<sup>303</sup>.

O Estado pós-moderno tem feito refletir no direito penal uma exacerbada e incontrolável ampliação, por supostamente brandir novos desafios para o tema de segurança pública. Sustenta-se que houve uma "desmedida inflação legislativa em matéria criminal, até mesmo em razão dos novos valores trazidos por esta que se tornaram bens jurídicos a serem tutelados pelas legislações de natureza penal"<sup>304</sup>.

Alerta-se, entretanto, que não raro a (suposta) ameaça da segurança pública é inexistente e funciona apenas como (suposta) legitimação de restrição acrescida de direitos, na senda do que Jakobs desde 1985 sustenta como a teoria do "Direito Penal do Inimigo", vertida em três bases: antecipação da punição; desproporcionalidade das penas e relativização e/ou supressão de certas garantias processuais; e criação de leis severas direcionadas à clientela (terroristas, delinquentes organizados, traficantes, criminosos econômicos, dentre outros) dessa específica engenharia de controle social. Para esta teoria, aquele que não se submete ou não admite fazer

---

<sup>302</sup> Roberto FENDT, *Wilhelm Von Humboldt. Os limites da ação do Estado*. [Consult. 16 Abr 2013]. Disponível em: WWW:<

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:BxDafYzcnaEJ:www.institutoliberal.org.br/conteudo/download.asp%3Fcdc%3D2475+Roberto+Fendt+os+limites+de+atua&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>.

<sup>303</sup> Edimar Carmo da SILVA, *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: A restrição de direitos como tutela penal e o devido processo legal*. [Consult. 22 Jan 2013]. Disponível em: WWW:<[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7512](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7512)>.

<sup>304</sup> Otávio BINATO JÚNIOR; Gabriela Sanchez RIBEIRO; Honorato Gomes de GOUVEIA NETO, *Novos rumos do direito penal contemporâneo*. [Consult. 16 Abr 2013]. Disponível em: WWW:<[http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CC4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.itpac.br%2Fhotsite%2Frevista%2Fartigos%2F51%2F6.pdf&ei=\\_OJvUfm4OIPk8gSUhYDACA&usg=AFQjCNFXVVTcSNqjw87NxgjZZxhqa7YuA&sig2=O9DtT2QYBRciC\\_G8NvypRA&bvm=bv.45368065,d.eWU](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CC4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.itpac.br%2Fhotsite%2Frevista%2Fartigos%2F51%2F6.pdf&ei=_OJvUfm4OIPk8gSUhYDACA&usg=AFQjCNFXVVTcSNqjw87NxgjZZxhqa7YuA&sig2=O9DtT2QYBRciC_G8NvypRA&bvm=bv.45368065,d.eWU)>.

parte do Estado não pode ter o mesmo tratamento do cidadão comum, daí não usufruir do status de pessoa, devendo pois ser visto como um "animal".

Os adeptos da construção do "Direito Penal do inimigo conduziram à crescente aclamação da prevalência do valor da Segurança com a respectiva preterição das liberdades individuais, em nome do combate ao inimigo e aos seus métodos terroristas"<sup>305</sup>. Ocorre que, a "garantia dos valores da comunidade não poderá implicar o atropelamento das liberdades individuais de cada cidadão, pelo que cada restrição deverá ser efectuada de acordo com o preceituado constitucionalmente"<sup>306</sup>. Delata Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth<sup>307</sup>:

*"As transformações operadas na realidade social contemporânea diante do fenómeno da globalização económica e do avanço tecnológico trazem em seu bojo a preocupação cada vez mais crescente com novas formas de criminalidade, ínsitas à sociedade de risco que se configura. Neste contexto, tornou-se "senso comum" no discurso jurídico-penal brasileiro contemporâneo a afirmação de que a intervenção penal pautada na teoria "clássica" do delito mostra-se obsoleta e, portanto, incapaz de fazer frente às novas formas assumidas pela criminalidade, dado que cada vez mais, nas sociedades modernas, surgem interesses difusos, muitos deles intangíveis, a reclamar proteção do Estado".*

Não se vê mais no Estado uma força opressora, mas a forma escolhida pelos seus cidadãos para permitir o máximo desenvolvimento do homem<sup>308</sup>. Decorrente disso fica fácil compreendermos que vivendo em um Estado Democrático de Direito a pessoa ocupa o centro de suas preocupações, encontrando-se defasada a ideia Hobbesiana do Estado mau que só traz prejuízos para os seus cidadãos<sup>309</sup>.

A atuação do Estado deve aliás pautar-se pelo paradigma dos 3 "C": *conhecimento, competência e capacidade*, como defende Manuel Monteiro Guedes Valente<sup>310</sup>, exigindo mais clareza legal, mais especificidade, mais competência, mais capacidade e mais conhecimentos. A Polícia Judiciária lida com uma nova criminalidade, em que os criminosos são cada vez mais "especializados", dotados de equipamentos e recursos de última geração, impondo sem dúvida novos desafios às investigações criminais<sup>311</sup>.

<sup>305</sup> Hélène Marine FERNANDES, *O Direito Penal do Inimigo: Reconfiguração do Estado de Direito? Dissertação de Mestrado em Direito (Ciências Jurídico-Políticas)*, pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto, sob a orientação da Doutora Luísa Neto, julho de 2011, p. 52.

<sup>306</sup> Hélène Marine FERNANDES (2011), ob. cit., p. 52.

<sup>307</sup> Maiquel Ângelo Dezordi WERMUTH, *A dimensão desumana do Direito Penal Brasileiro contemporâneo: a utilização do medo como instrumento de controle social e disciplinamento das classes populares*. [Consult. 27 Abr 2013]. Disponível em: WWW:<<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/33260/public/33260-42322-1-PB.pdf>>.

<sup>308</sup> Marcelo Schirmer ALBUQUERQUE, *A garantia de não autoincriminação: extensão e limites*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2008, p. 47.

<sup>309</sup> Rodrigo Vaz SILVA, *Garantia da não auto incriminação*. [Consult. 22 Jan 2013]. Disponível em: WWW:<[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8467](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8467)>.

<sup>310</sup> Manuel Monteiro Guedes VALENTE (2003), ob. cit., p. 35.

<sup>311</sup> Nesse viés, a *"criminalidade económica em geral, sobretudo a referente à sonegação fiscal, à lavagem de dinheiro e aos crimes previstos na chamada Lei do Colarinho Branco, somada à criminalidade organizada, em razão da maior sofisticação de seu modus operandi, fazem com que a produção de prova pela acusação ou pelo*

Essa difícil empreitada dada à segurança pública baliza a atuação do Estado desde a elaboração da legislação penal e processual de cada país, além da atividade de investigação de condutas penalmente relevantes, bem como do processamento e julgamento das ações penais e por fim da fiscalização na execução das sanções penais impostas. Além do mais:

*"É evidente que o agir do Estado no âmbito do sistema público de segurança não pode ser abusivo, tampouco ilegal, sob pena de espelhar viés autoritário e arbitrário suficiente a deslegitimar a atuação das autoridades nele inseridas. Por tal razão, toda a planície do sistema processual penal é imantada por princípios e garantias constitucionais que conferem dosagem limitativa ao agir das autoridades constituídas (delegados, juízes, promotores, defensores públicos e outros), assegurando ao cidadão o respeito à dignidade humana e a observância do devido processo legal (contraditório, ampla defesa, duração razoável dos processos, preservação da intimidade, inviolabilidade de sigilos, caráter excepcional da prisão provisória, fundamentação das decisões, vedação de provas ilícitas e outras)"*<sup>312</sup>.

Por isso aquele velho direito penal edificado por Beccaria não mais se encontra figurado e adequado aos anseios sociais contemporâneos, necessário pois, se estar em conformidade com os ditames constitucionais vigentes.

Atualmente, vivenciamos um verdadeiro momento de constitucionalização do processo nas duas nações objeto deste estudo, Portugal e Brasil, e nunca como hoje se teve a perspectiva do direito penal e do processo penal como sismógrafo de aplicação do direito constitucional. E essa constitucionalização do processo exige que todas as leis a serem aplicadas no território brasileiro tenham como premissa a Constituição Federal, da mesma forma como ocorre com as leis portuguesas que partem da observância da Constituição da República. Jamais "[...] os princípios e garantias constitucionais estiveram tão em evidência. Talvez jamais tenham sido tão consagrados"<sup>313</sup>.

Nenhum poder ínsito ao Estado de Direito Democrático pode ser absoluto ou ilimitado. Na atualidade, essas limitações são reveladas de forma transparente por meio de princípios expressos (ou implícitos) nas bases constitucionais de cada país. Se para criar o direito de punir em abstrato ao Estado são impostos limites, da mesma forma serão impostos limites ao direito de punir em concreto. Portanto, o poder judiciário enquanto aplicador do direito e

---

*órgão de investigação seja mais difícil e, portanto, limitada. Como efeito colateral dessa dificuldade, temos visto o uso mais flexível de meios de prova invasivos da privacidade, tais como interceptações de comunicações telefônicas, quebra de sigilo bancário e fiscal, além de buscas e apreensões"* - In Gabriel Bertin de ALMEIDA, *Os limites da presunção no processo penal*. [Consult. 24 Mar 2013]. Disponível em: WWW:<[http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon\\_id=29](http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=29)>.

<sup>312</sup> Reinaldo RODRIGUES, (Re) pensando o Sistema Processual Penal Brasileiro II (Limites de atuação do Estado). [Consult. 16 Abr 2013]. Disponível em: WWW:<<http://www.mtaquionline.com.br/artigos/2013/01/28/re-pensando-ossistema-processual-penal-brasileiro-ii-limites-de-atua%C3%A7%C3%A3o-do-estado>>.

<sup>313</sup> Roberta Fussieger BRIÃO, *Os poderes instrutórios do juiz e a busca da verdade real no processo civil moderno*. [Consult. 24 Mar 2013]. Disponível em: WWW:<<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/PODERES%20INSTRUTORIOS%20DO%20JUIZ%20E%20A%20BUSCA%20DA%20VERDADE%20REAL%20-%20Roberta%20Fussieger%20Bri%C3%A3o.pdf>>.

intérprete expoente de cada país, também terá a sua atuação limitada e restringida em determinadas situações, as quais serão analisadas a seguir.

Sabemos que, o Estado exerce o poder de punir em abstrato cominando sanções à condutas delituosas, e toda vez que o sujeito transgride essa norma surge para o Estado o direito de punir em concreto, devendo pois responder ao mal causado em prol do direito público subjetivo à convivência pacífica dos membros de sua comunidade. Presentemente os princípios foram positivados estando alocados em lugar de maior destaque nas Constituições, ao contrário do que ocorria no passado em que os princípios eram apenas fontes subsidiárias de interpretação. Os princípios passam a ser "reconhecidos como os mais elevados valores do consenso social. São o fundamento das Constituições e a chave de interpretação das normas que deles decorrem"<sup>314</sup>.

A propósito, refere Canotilho<sup>315</sup> a existência de determinados princípios estruturantes, que delineiam a ideia básica da ordem constitucional, como por exemplo, o princípio do Estado de direito, o princípio democrático e o princípio republicano. Outros existem que intensificam os princípios estruturantes, preenchendo, esclarecendo e complementando o conteúdo das regras constitucionais, são "os valores, como a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade. Apresentam-se na Constituição para que outros preceitos constitucionais, aos quais se relacionam, sejam realizados"<sup>316</sup>, conduzindo o intérprete à solução do caso concreto.

Boa parte desses princípios já foram trabalhados ao longo deste estudo (princípio do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, princípio da não autoincriminação, da verdade real, etc), nada obstante, estes princípios convergem para um princípio base do Estado Democrático de Direito, qual seja, o da *dignidade da pessoa humana*. O princípio da dignidade da pessoa possui incontestável força imperativa em diversas culturas ocidentais, dentre as quais a portuguesa e a brasileira. Nestes dois países as constituições pregam o valor dignidade da pessoa humana como fundamento primeiro de suas ordens normativas.

Sendo assim, a Constituição Federal do Brasil de plano constitui como fundamento de sua república a dignidade, e faz isso de forma expressa no seu primeiro artigo<sup>317</sup>. E no mesmo

---

<sup>314</sup> José Eduardo de Souza PIMENTEL, *O princípio da dignidade da pessoa humana no processo penal*. [Consult. 17 Abr 2013]. Disponível em: WWW:<<http://www.reid.org.br/?CONT=00000172>>.

<sup>315</sup> J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 186.

<sup>316</sup> José Eduardo de Souza PIMENTEL, *O princípio da dignidade da pessoa humana no processo penal*. [Consult. 17 Abr 2013]. Disponível em: WWW:<<http://www.reid.org.br/?CONT=00000172>>.

<sup>317</sup> Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III. a dignidade da pessoa humana.

sentido, a Constituição da República Portuguesa também prevê a dignidade de pronto no primeiro artigo<sup>318</sup>. Isso nos leva a concluir que não se autoriza que nenhuma ordem jurídica (constitucional, internacional ou infraconstitucional) contrarie o mandamento apostado, onde o homem passa a ser situado "como o centro e o fim do Direito"<sup>319</sup>. Para Jorge Miranda<sup>320</sup>, a "Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado"<sup>321</sup>.

Com o passar do tempo, houve um alargamento da concepção da proteção da dignidade da pessoa. "No Estado liberal-democrático burguês, a proteção à dignidade da pessoa se voltava a garantir o indivíduo contra o abuso e o arbítrio do poder público"<sup>322</sup>. Havendo confronto entre o cidadão e o Estado, a dignidade da pessoa ofertava ao sujeito uma "esfera intangível de liberdade (*Wesentlichkeit*) própria da condição humana"<sup>323</sup>.

Sob o império do Estado de Direito Democrático, o conceito da dignidade da pessoa passou a ser mais funcional, compreendendo "a segurança da vida individual e social, a proteção jurídica, a salvaguarda da identidade e da natureza humana, a limitação do poder do Estado e o respeito da integridade corporal do indivíduo"<sup>324</sup>.

Observamos em sede de doutrina e pela própria prática da advocacia que não há um conceito fechado, preciso ou definitivo do que seja a dignidade da pessoa, mas não duvidamos que há um núcleo comum de conteúdo mínimo que autoriza a invocação da dignidade no caso concreto.

---

<sup>318</sup> Art. 1º. Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

<sup>319</sup> Edilson Pereira NOBRE JÚNIOR, *O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana*. Revista de Informação Legislativa. jan./mar. 2000. [Consult. 09 Mar 2013]. Disponível em: WWW:<[www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)>.

<sup>320</sup> Jorge MIRANDA (2008), ob. cit., p. 197.

<sup>321</sup> Dizia Wilhelm Von Humboldt: "O verdadeiro fim do Homem é o cultivo mais completo e harmonioso possível de suas forças para integrá-las em uma totalidade. A liberdade constitui a primeira e indispensável condição para esse desenvolvimento; a segunda condição essencial é uma variedade de situações". In Wilhelm Von HUMBOLDT, apud Roberto FENDT, Wilhelm Von Humboldt. Os limites da ação do Estado. [Consult. 16 Abr 2013]. Disponível em: WWW:<<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:BxDafYzcnaEJ:www.institutoliberal.org.br/contendo/download.asp%3Fcdc%3D2475+Roberto+Fendt+os+limites+de+atua&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>.

<sup>322</sup> José Eduardo de Souza PIMENTEL, *O princípio da dignidade da pessoa humana no processo penal*. [Consult. 17 Abr 2013]. Disponível em: WWW:<<http://www.reid.org.br/?CONT=00000172>>.

<sup>323</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>324</sup> Franco BARTOLOMEI, *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997, p. 87.



Decorrente disto entendemos que:

*"[...] a dignidade da pessoa humana decorre da autodeterminação consciente e responsável da própria vida e da pretensão ao respeito por parte das demais pessoas. Fala-se, ainda, que direitos personalíssimos, como o da intimidade, honra, imagem, dentre outros, seriam consequência imediata desse instituto"*<sup>325</sup>.

Nesse contexto, aponta Ingo Sarlet<sup>326</sup> que os direitos fundamentais, afinados com o princípio da dignidade da pessoa humana, "fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional", ou propriamente dito para a "necessidade de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais", tal como o critério da interpretação conforme a Constituição, fazendo ruir a clássica concepção dicotômica entre o público e o privado, reafirmando a unidade do sistema jurídico. Sendo, conforme doutrina de José de Melo Alexandrino, a dignidade da pessoa humana, como valor, como princípio e como regra.

Modernamente, admite-se que o princípio da dignidade da pessoa humana também (e especialmente) consiste numa "referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais"<sup>327</sup>, que os intensifica ao situar o homem como sujeito de direitos e não objeto das relações de poder<sup>328</sup>. O fundamento repele o "predomínio de concepções transpessoalistas de Estado e Nação em detrimento da liberdade individual"<sup>329</sup>. Para Daniel Sarmento<sup>330</sup>, o princípio da dignidade da pessoa humana é o "epicentro axiológico da ordem constitucional", sendo o "princípio-matriz de todos os direitos fundamentais", como defende Pedro Lenza<sup>331</sup>.

Por meio deste princípio, há o: "[...] reconhecimento constitucional dos limites da esfera de intervenção do Estado na vida do cidadão e por esta razão os direitos fundamentais, no âmbito do poder de punir do Estado, dela decorrem, determinando que a função jurisdicional seja um fator relevante para conhecer-se o alcance real desses direitos"<sup>332</sup>.

Notavelmente, a dignidade da pessoa assume extrema importância ao processo penal dos dias atuais, servindo como verdadeiro "instrumento de tutela de dignidades (dignidade de

---

<sup>325</sup> Alexandre de MORAES, *Direitos humanos fundamentais*. 5. ed. Coleção Temas Jurídicos. São Paulo: Atlas, 2003, p. 60.

<sup>326</sup> Ingo Wolfgang SARLET, *Direitos Fundamentais e Proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal*. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008, p. 214-216.

<sup>327</sup> J. J. Gomes CANOTILHO; Vital MOREIRA (1993), ob cit., p. 58-59.

<sup>328</sup> Luiz Flávio GOMES, *Limites do "Jus Puniendi" e bases principiológicas do garantismo penal*. [Consult. 18 Abr 2013]. Disponível em: WWW:<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13513-13514-1-PB.pdf>>.

<sup>329</sup> Alexandre de MORAES (2003), ob. cit., p. 60.

<sup>330</sup> Daniel SARMENTO, *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 2ª tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

<sup>331</sup> Pedro LENZA, *Direito Constitucional Esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

<sup>332</sup> Conforme Guilherme de Souza NUCCI, *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.74.

todos e dignidade do indivíduo) e sem o qual, por conseguinte, nenhuma pena pode ser imposta"<sup>333</sup>. Assim, "o princípio da dignidade, o sistema acusatório e a concepção do processo como relação jurídica estão em íntima associação"<sup>334</sup>.

Os mandamentos constitucionais de Portugal e do Brasil prevêm em semelhança a dignidade da pessoa como forma de assegurar um processo, em específico ao processo penal objeto desta dissertação, que confira ao acusado/arguido o direito de ser julgado conforme a lei, estendendo o direito de provar e contraprovar o alegado pela acusação, utilizando-se de todas as ferramentas necessárias para a sua mais ampla defesa.

Muito embora não haja mais a presunção de culpabilidade no processo, não há como não afirmar que basta a instauração do processo para afetar o "*status dignitatis* do imputado"<sup>335</sup>. Quando as pessoas são investigadas pela prática de algum crime, ou mesmo após haver uma denúncia formalizada pelo Ministério Público observa-se a infeliz realidade em que algumas autoridades excedem os seus poderes e funções, eis que na ânsia de alcançar uma resposta satisfatória acabam extrapolando os "limites do aceitável na busca de tal resposta, o que gera desrespeito a inúmeros Direitos e Garantias, devendo tais excessos serem punidos e a Pessoa Humana protegida [...]"<sup>336</sup>.

Nesse contexto, plausível invocarmos a tese sustentada por Luigi Ferrajoli sobre o *Garantismo Penal*. A teoria construída pelo autor italiano traduz os limites da legitimidade do poder punitivo que é exclusivo do Estado, buscando de certa forma o equilíbrio dos pratos da balança. O suspeito/indiciado/acusado/arguido deve ser visto como sujeito de direito, "e o Estado tem o dever de garantir o respeito a ele, não importando se está na fase pré-processual, na fase de julgamento ou se já foi este sujeito condenado"<sup>337</sup>.

Essa teoria, conforme entende Eugênio Pacelli de Oliveira<sup>338</sup> teve início e causa em decorrência do "descompasso entre os valores assegurados constitucionalmente, sobretudo aqueles pertinentes às garantias individuais, e a prática judiciária, de modo geral". Norberto

---

<sup>333</sup> Rafael Miguel DELFINO, *O processo penal no estado constitucional brasileiro. Um instrumento de tutela de dignidades* (art. 1º, III, CF/88). [Consult. 16 Abr 2013]. Disponível em: WWW:<<http://jus.com.br/revista/texto/11745/o-processo-penal-no-estado-constitucional-brasileiro>>.

<sup>334</sup> L. G. Grandinetti Castanho de CARVALHO, *Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 26.

<sup>335</sup> Julio Fabrini MIRABETE, *Processo Penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 114.

<sup>336</sup> Rodrigo Vaz SILVA, *Garantia da não auto incriminação*. [Consult. 17 Dez 2012]. Disponível em: WWW:<[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8467](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8467)>.

<sup>337</sup> Adriana Duarte de Carvalho D'URSO, *A Proibição Constitucional da Auto-Incriminação*. [Consult. 27 Abr 2013]. Disponível em:

WWW:<<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/464/458>>.

<sup>338</sup> Eugênio Pacelli de OLIVEIRA (2002), ob. cit., p. 157.

Bobbio<sup>339</sup> afirmou, ao fazer o prefácio da obra de Ferrajoli, que a elaboração de um sistema geral de garantismo prefere a construção das vigas mestras do estado de Direito que tem por fundamento e fim a tutela das liberdades do indivíduo frente às variadas formas de exercício arbitrário do poder, particularmente odioso no Direito Penal.

Percebe-se que a dignidade encontra-se no "centro da política criminal e, consequentemente, dos instrumentos legais e funcionais que a suportam e a interligam com as políticas de segurança"<sup>340</sup>. Se assim é, o princípio da dignidade da pessoa legítima e concomitantemente limita a *persecutio criminis*. Embora as funções, de legitimação e limitação, sejam aparentemente contraditórias, as mesmas devem ser conciliadas no processo penal<sup>341</sup>.

A garantia da segurança pública deve ser então conjugada com a inexorável dignidade da pessoa, mesmo porque ao "Estado incumbe não apenas se abster de praticar determinados atos que atentem contra seus cidadãos, como também atuar para que a pessoa sob sua soberania não seja atingida por agressões de terceiros"<sup>342</sup>. Esse entendimento é traduzido na obra de José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira<sup>343</sup>, quando afirmam:

*"Ao Estado incumbe não apenas 'respeitar' os direitos e liberdades fundamentais mas também 'garantir a sua efetivação'. Daqui resulta o afastamento de uma concepção puramente formal, ou liberal, dos direitos fundamentais, que os restringisse às liberdades pessoais, civis e políticas, e que reduzisse estas a meros direitos a simples abstenções do Estado. Com efeito, por um lado, importa defender os direitos de liberdade não só perante o Estado mas também perante terceiros, sucedendo que, muitas vezes, é aquele quem está em condições de os garantir perante os segundos; por um lado, direitos fundamentais são também direitos positivos, de carácter económico, social e cultural, sendo que em relação a muitos deles é sobre o Estado que impende o encargo de sua satisfação".*

Raul Soares da Veiga<sup>344</sup>, a convite das Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais ocorrida em Lisboa-Portugal, durante a sua explanação sustentou que:

*"O Direito Penal - nele se incluindo, além das suas normas, também os seus princípios - visa a tutela do núcleo essencial dos direitos fundamentais, o respeito pelo mínimo ético, social e democraticamente reconhecido como tal, cuja violação impunível descaracterizaria a sociedade e o Estado, degradando a sociedade organizada em selvático campo de egoística defesa de interesses e o Estado de Direito em império da pura sorte e arbítrio".*

---

<sup>339</sup> Norberto BOBBIO, *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone Editora, 1995, p. 13.

<sup>340</sup> Manuel Monteiro Guedes VALENTE (2003), ob. cit., p. 22.

<sup>341</sup> José Eduardo de Souza PIMENTEL, *O princípio da dignidade da pessoa humana no processo penal*. [Consult. 17 Abr 2013]. Disponível em: WWW:<<http://www.reid.org.br/?CONT=00000172>>.

<sup>342</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>343</sup> J. J. Gomes CANOTILHO; Vital MOREIRA (1993), ob. cit., p. 65.

<sup>344</sup> Raul Soares da VEIGA, *O juiz de instrução e a tutela de direitos fundamentais*. In JORNADAS DE DIREITO PROCESSUAL PENAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS. Organizadas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e pelo Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados, com a colaboração do Goethe Institut. Coordenação Científica de Maria Fernanda Palma. Coimbra: Almedina Editora, junho 2004, p. 184.

O sistema penal deve portanto, procurar harmonizar os deveres de proteção dos bens jurídicos das vítimas vertidos em posições jurídicas ativas fundamentais (vida, integridade física, honra, patrimônio, etc) com os deveres de proteção dos direitos fundamentais dados aos acusados em geral. Vislumbra-se o dever dicotômico do Estado em garantir ao imputado sua liberdade e assegurar à sociedade a segurança.

Em outras palavras, o processo penal "tem dupla função, tornar viável a aplicação da pena, e de outro, servir como instrumento efetivo de garantia dos direitos e liberdade individuais, assegurando os indivíduos contra os tratos abusivos do Estado"<sup>345</sup>.

Notamos essa dupla função na proclamação do brilhante voto do Ministro Celso de Mello, no julgamento do Habeas Corpus nº 113.007<sup>346</sup>, pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, do qual pedimos licença para transcrever pequeno trecho:

*"As limitações à atividade persecutório-penal do Estado traduzem garantias dispensadas pela ordem jurídica à preservação, pelo suspeito, pelo indiciado ou pelo acusado, do seu natural estado de liberdade. Tenho salientado, nesta Corte, que a submissão de uma pessoa à jurisdição penal do Estado coloca em evidência a relação de polaridade conflitante que se estabelece entre a pretensão punitiva do Poder Público, de um lado, e o resguardo à intangibilidade do "jus libertatis" titularizado pelo réu, de outro".*

O que se busca modernamente é que o Estado cumpra a sua função de segurança pública sem deixar de proteger esse cidadão que responde ao processo, aquilo que Cristina Queiroz<sup>347</sup>, defende como a "Teoria dos Deveres de Proteção", em que esse dever de proteção não se esgota unicamente no princípio da dignidade da pessoa, antes se estende a todo catálogo de direitos fundamentais. E o dever de proteção repousa, pois, na proteção penal da dignidade humana globalmente considerada<sup>348</sup>, garantindo "a criação de mecanismos jurídicos que garantam a defesa de todo o sistema de direitos e liberdades, face à sua eventual agressão por parte de outros cidadãos ou de grupos de cidadãos"<sup>349</sup>.

---

<sup>345</sup> Adriana Duarte de Carvalho D'URSO, *A Proibição Constitucional da Auto-Incriminação*. [Consult. 27 Abr 2013]. Disponível em:

WWW:<<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/464/458>>.

<sup>346</sup> HC 113.007/ES - 2ª Turma STF - Julgado em 04/12/12 - Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Ementa: "Habeas corpus. 2. Estelionato. Pedido de declaração de inépcia da denúncia. 3. A peça acusatória não observou os requisitos que poderiam oferecer substrato a uma persecução criminal minimamente aceitável. Precário atendimento dos requisitos do art. 41 do CPP. 4. Violação dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da dignidade da pessoa humana. Precedentes. 5. Ordem concedida para que seja trancada a ação penal instaurada contra o paciente, em face da manifesta inépcia da denúncia, somente quanto à conduta prevista no art. 171 do CP, ressalvando a possibilidade de o Parquet, se entender cabível, oferecer nova denúncia" (grifo nosso). [Consult. 29 Abr 2013]. Disponível em: WWW:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3523080>>.

<sup>347</sup> Cristina QUEIROZ (2010), ob. cit., p. 377.

<sup>348</sup> José Miguel SARDINHA, *O terrorismo e a restrição dos direitos fundamentais em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 28.

<sup>349</sup> José Miguel SARDINHA (1989), ob. cit., p. 25.

O próprio nº 1 do art. 27º da Constituição da República Portuguesa elenca a compaginação desses objetivos indissociavelmente, revelando, na visão de Canotilho e Moreira<sup>350</sup>, ser o direito à segurança uma garantia de exercício seguro e tranquilo dos direitos, liberto de ameaças ou agressões.

O processo penal moderno deve saber proteger e preservar a dignidade da pessoa, "pela concessão ao imputado de instrumentos eficazes para se opor à pretensão punitiva eventualmente injusta"<sup>351</sup>. É no processo garantista ao acusado que repousa a vedação da obtenção de provas ilícitas, ou por meios enganosos<sup>352</sup>, mesmo porque "descobrir a verdade dos fatos ocorridos é função do Estado, mas isso não pode ser feito a qualquer custo"<sup>353</sup>. Daí a importância que o processo criminal se adapte às limitações constitucionais e legais existentes, exteriorizando assim, um processo justo e razoável.

Percebemos que as cortes supremas dão primazia ao instituto da dignidade, favorecendo na maioria dos casos os acusados (alargando a proteção aos indivíduos), quando por exemplo, repelem investigações excessivas, ou quando impõe a soltura de um preso por excesso de prazo<sup>354</sup>, ou quando autoriza que o sujeito idoso ou portador de doença crônica cumpra prisão domiciliar.

Além dos exemplos citados acima, importante destacar a vedação constitucional à execração pública de pessoas objeto de investigações criminais fazendo com que não sejam autorizadas a veiculação de trechos de interceptações telefônicas<sup>355</sup>, onde no atual momento sequer houve uma sentença condenatória. Podemos ainda exemplificar a decisão no Acórdão

---

<sup>350</sup> J. J. Gomes CANOTILHO; Vital MOREIRA (1993), ob. cit., p. 184.

<sup>351</sup> José Eduardo de Souza PIMENTEL, *O princípio da dignidade da pessoa humana no processo penal*. [Consult. 17 Abr 2013]. Disponível em: WWW:<<http://www.reid.org.br/?CONT=00000172>>.

<sup>352</sup> Sobre o tema provas ilícitas ver mais no item 2 do capítulo 1, e quanto ao conceito legal de meio enganoso de prova, nos socorremos do conceito empregado por Jorge de Figueiredo DIAS; Manuel da Costa ANDRADE; Frederico de Lacerda da Costa PINTO (in *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova. Estudos sobre o mercado de valores imobiliários*. Coimbra: Almedina Editora, fevereiro 2009, p. 54), em que os mesmos referem ter assento em dois pressupostos: "em primeiro lugar, é necessário que o agente investigador através dos factos ou actos concludentes crie no arguido uma convicção errônea e, em segundo lugar, que esse erro ou engano seja a causa da prestação de prova por parte do arguido. Deste modo, a actuação que cumpra o disposto quanto ao modo de obter elementos probatórios não preenche o primeiro daqueles pressupostos, ainda que o arguido desconheça ou interprete erradamente esse regime legal". Estas provas também são nulas estando proibidas de serem utilizadas no processo contraordenacional.

<sup>353</sup> Luiz Flávio GOMES, *Provas Ilícitas: Conceito e Inadmissibilidade – Lei nº 11.690/2008*. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre: Magister, 2004, p. 5.

<sup>354</sup> Ver o julgamento do Habeas Corpus 107108 / SP - 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, que considera abusiva a prisão cautelar por excesso de prazo em razão de ofensa frontal à dignidade da pessoa. [Consult. 29 Abr 2013]. Disponível em: WWW:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3107949>>.

<sup>355</sup> Conforme Roger Spode BRUTTI, *A ilegitimidade da divulgação de escutas telefônicas durante o trâmite da persecutio criminis*. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. Vol. 1, nº 1. Porto Alegre: Síntese, abril/maio 2000, p. 10.

nº 155/2007 do Tribunal Constitucional Português, onde se questionou não somente a legalidade da decisão impugnada enquanto ato ou meio ordenativo de produção de um meio de prova mas sim a legalidade da decisão (sem determinação do juiz) ao determinar a eventual execução forçada do exame de zaragatoas bucais com vista à identificação do perfil genético, eis que no local dos fatos (homicídios) haviam sido recolhidos vestígios biológicos.

Uma das falhas do sistema brasileiro que podemos apontar é a inexistência de um ente encarregado de fiscalizar a observância de direitos fundamentais no decorrer de uma investigação criminal. Deveria ser a responsabilidade do Promotor de Justiça enquanto fiscal da lei, mas sabemos ser este ente dotado de uma carga acusatória de significativa relevância que na prática acaba visando tão somente a reunião de elementos para o suporte de sua denúncia (que na maioria dos casos é obtida por meio de uma investigação policial prévia).

Informamos anteriormente que Portugal, diferentemente do que ocorre no Brasil, possui um juiz de instrução, justamente responsável nas terras lusitanas de ser um garantidor de direitos<sup>356</sup>, como resulta uma vez mais plasmado nas conclusões do TC português no referido Acórdão 155/2007 no que tange à exigência da intervenção *do juiz* para a realização de exames e recolha de amostras de identificação de perfil genético (ADN), por exemplo<sup>357</sup>.

Os juízes<sup>358</sup> não podem mais ser meros "bocas da lei" ("*bouche de la loi*"<sup>359</sup>), é necessário um judiciário que incorpore ao processo penal, principalmente, soluções

---

<sup>356</sup> Ver no art. 32º da Constituição da República Portuguesa: [...] 4. *Toda a instrução é da competência de um juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática dos actos instrutórios que se não prendam directamente com os direitos fundamentais.*

<sup>357</sup> Esta exigência veio a ser prevista no art. 8º da Lei portuguesa nº 5/2008, de 12 de fevereiro que trata da criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal, que determina: 1 — *A recolha de amostras em processo crime é realizada a pedido do arguido ou ordenada, oficiosamente ou a requerimento, por despacho do juiz, a partir da constituição de arguido, ao abrigo do disposto no artigo 172.º do Código de Processo Penal.* 2 — *Quando não se tenha procedido à recolha da amostra nos termos do número anterior, é ordenada, mediante despacho do juiz de julgamento, e após trânsito em julgado, a recolha de amostras em condenado por crime doloso com pena concreta de prisão igual ou superior a 3 anos, ainda que esta tenha sido substituída.* 3 — *Caso haja declaração de inimputabilidade e ao arguido seja aplicada uma medida de segurança, nos termos do n.º 2 do artigo 91.º do Código Penal, a recolha de amostra é realizada mediante despacho do juiz de julgamento quando não se tenha procedido à recolha da amostra nos termos do n.º 1.* 4 — *A recolha de amostras em cadáver, em parte de cadáver, em coisa ou em local onde se proceda a buscas com finalidades de investigação criminal realiza-se de acordo com o disposto no artigo 171.º do Código de Processo Penal.* 5 — *A recolha de amostras de ADN efectuada nos termos deste artigo implica a entrega, sempre que possível, no próprio acto, de documento de que constem a identificação do processo e os direitos e deveres decorrentes da aplicação da presente lei e, com as necessárias adaptações, da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro (Lei da Protecção de Dados Pessoais).* 6 — *Quando se trate de arguido em vários processos, simultâneos ou sucessivos, pode ser dispensada a recolha da amostra, mediante despacho judicial, sempre que não tenham decorrido cinco anos desde a primeira recolha e, em qualquer caso, quando a recolha se mostre desnecessária ou inviável.* Importante mencionar que em 25 de junho do corrente ano foi publicada a Lei nº 40/2013 que regula a organização e o funcionamento do conselho de fiscalização da base de dados de perfis de ADN, procedendo na primeira alteração da Lei nº 5/2008.

<sup>358</sup> De facto, a este juiz: "[...] é atribuída a função de formular juízos objectivos e independentes sobre os já objectivos juízos do Ministério Público, dobrando assim o controle de respeito pelos direitos fundamentais, traz

inovadoras para "otimizá-lo como instrumento da apuração e punição dos fatos delituosos e como anteparo do imputado"<sup>360</sup>. É preciso, pois, um juiz que não "destrua a essência e o conteúdo dos direitos fundamentais"<sup>361</sup>, que atente da mesma forma a condução de um "procedimento leal" ("*fair trial*", na visão de Roxin).

### **3. A proporcionalidade como resposta à tensão entre os limites investigatórios do Estado e a reserva da vida privada**

Como sabemos os princípios não indicam uma determinada conduta porque não contêm a especificação suficiente de uma situação fática e sua correlativa consequência jurídica<sup>362</sup>, muito embora expressem critérios e razões para uma determinada decisão, não possuem eles a função de uma detalhada definição<sup>363</sup>. São, nas palavras de Santiago Mir Puig "mandamentos e otimização"<sup>364</sup>. Assim, há-de perceber-se que o alcance de incidência do princípio é mais amplo que a regra<sup>365</sup>, autorizando que o magistrado, no caso concreto, possa invocá-lo como forma de solução em razão das funções de interpretação, de fundamentação, e de integração dos princípios.

Nesse conjunto, o magistrado assume a importante missão de conciliar os limites investigatórios do poder estatal com a proteção dos direitos fundamentais, para que assim alcance uma decisão justa e razoável. Diante de um conflito de regras, como apenas uma delas terá incidência, deverá o juiz afastar a aplicação de uma das regras<sup>366</sup> (ou o poder de investigação ou o respeito aos direitos fundamentais), o que não ocorre quando a colisão se dá

---

*a vantagem de fazer intervir no processo de aplicação de medidas restritivas desses direitos e como filtro da submissão a julgamento dos cidadãos, pessoas diferentes daquelas que conduziram os inquéritos e deduziram solidariedades corporativas, já que os Juízes de instrução criminal pertencem a outra magistratura, orientada para a máxima independência, para o máximo respeito pelos direitos fundamentais e, em princípio, despreocupada de considerações políticas sobre o êxito ou inêxito das medidas de combate a qualquer forma de criminalidade".* In Raul Soares da VEIGA (2004), ob. cit., p. 192.

<sup>359</sup> A expressão "*bouche de la loi*" foi muito utilizada na França após a Revolução Francesa, em que os juízes da época deveriam aplicar, apenas da forma mais mecânica possível, as leis editadas pelo Legislativo.

<sup>360</sup> José Eduardo de Souza PIMENTEL, *O princípio da dignidade da pessoa humana no processo penal*. [Consult. 17 Abr 2013]. Disponível em: WWW:<<http://www.reid.org.br/?CONT=00000172>>.

<sup>361</sup> Manuel Monteiro Guedes VALENTE (2003), ob. cit., p. 43

<sup>362</sup> Conforme Santiago Mir PUIG, citando a opinião de LARENZ (In *Derecho penal: parte general*. 5. ed. Barcelona: Tecfoto, 1998, p. 26).

<sup>363</sup> Santiago Mir PUIG (1998), *idem*.

<sup>364</sup> *Idem, ibidem*, p. 261.

<sup>365</sup> A regra, ao contrário, disciplina uma determinada situação fática bem com as consequências.

<sup>366</sup> Caso haja conflito entre regras a resolução se dá por meios clássicos de interpretação, como: a lei posterior derroga a anterior, ou ainda a lei especial derroga a lei geral, etc.

entre princípios. Neste caso, e tendo em conta a natureza mais rarefeita dos princípios, não há exclusão de um por outro, podendo ter incidência simultânea de dois ou mais princípios<sup>367</sup>.

Nas lições de Canotilho<sup>368</sup>:

*"Ponderar princípios significa sopesar a fim de se decidir qual dos princípios, num caso concreto, tem maior peso ou valor os princípios conflituantes. Por isso, a ponderação reconduz-se, no fundo, como já foi salientado na doutrina (Guastini), à criação de uma hierarquia axiológica móvel entre princípios conflituantes. Hierarquia, porque se trata de estabelecer um "peso" ou "valor" maior ou menor entre princípios. Móvel, porque se trata de uma relação de valor instável, que é válida para um caso concreto, podendo essa relação inverter-se noutro caso. (...) O apelo à metódica de ponderação é, afinal, uma exigência de solução justa de conflitos entre princípios. (...) A dimensão de ponderabilidade dos princípios justifica a ponderação como método de solução de conflito de princípios".*

Estas perspectivas principiológicas, remetem "igualmente ao processo penal o alcance da judicialização das suas garantias, previstas também na Carta Política, e impõe que seja ele um mecanismo de operacionalização material e não formal de direitos fundamentais"<sup>369</sup>.

As transformações sociais e estatais vivenciadas e já relatadas neste trabalho fizeram com que houvesse uma significativa quebra de paradigma, em que o "juiz legalista (napoleônico) passou a ser um juiz constitucionalista; do método meramente subsuntivo (formalista) passa-se para o ponderativo (razoabilidade)"<sup>370</sup>.

Ademais, "o triunfo do método da ponderação sobre o da mera subsunção (dedutivista) conduz à proeminência do juiz, a quem cabe em cada caso concreto dizer qual dos princípios (ou valores) em conflito deve preponderar"<sup>371</sup>. Para Manuel Monteiro Guedes Valente<sup>372</sup>:

*"As mudanças de pensamento filosófico-político empreendem necessariamente uma mutação quer no estar, quer no agir, quer no pensar quer no imaginar e, até mesmo, no sonhar. [...] Se nós somos a imagem da sociedade que criamos e ajudamos a edificar, a política criminal é, também, o reflexo do andar diário do homem quer na fecundação, quer na aquisição de personalidade, quer na capacidade de gozo e de exercício, quer no conhecimento e competência, quer mesmo na sua extinção".*

Nos dias atuais, principalmente em decorrência dos novos modelos criminais vivenciados (crime organizado, lavagem de capitais, crimes cibernéticos, terrorismo) há, sobremaneira, a necessidade de um repensar por parte da hermenêutica jurídica. Mas não como forma de "obrigatoriedade de uma maior intervenção penal nessas áreas de conflito". "[...] Se por um lado se ampliou a demanda pela proteção de bens e de valores, por outro não

---

<sup>367</sup> Luiz Flávio GOMES, *Limites do "Jus Puniendi" e bases principiológicas do garantismo penal*. [Consult. 18 Abr 2013]. Disponível em: WWW:<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13513-13514-1-PB.pdf>>.

<sup>368</sup> José Joaquim Gomes CANOTILHO (2002), ob. cit., p. 1227.

<sup>369</sup> Flávia D'URSO, *O princípio constitucional da proporcionalidade como hermenêutica no processo penal*. Insituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. Ano 11, nº 136, março 2004, p. 2.

<sup>370</sup> Luiz Flávio GOMES, *Limites do "Jus Puniendi" e bases principiológicas do garantismo penal*. [Consult. 18 Abr 2013]. Disponível em: WWW:<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13513-13514-1-PB.pdf>>.

<sup>371</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>372</sup> Manuel Monteiro Guedes VALENTE (2003), ob. cit., p. 14.



se pode conferir tratamento negligente aos direitos de defesa, os quais devem ser respeitados, e não enfraquecidos"<sup>373</sup>.

Ora, um dos princípios guia nessa tarefa penosa de aplicar o direito frente a criminalidade contemporânea é o da proporcionalidade<sup>374</sup>, que "há de estar sempre a serviço dos valores comunitários e individuais"<sup>375376</sup>. Este princípio é a regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem, quanto os que padecem o poder<sup>377</sup>. Mesmo porque a atuação básica deste princípio reside nos direitos fundamentais, enquanto critério valorativo constitucional determinante das restrições que podem ser impostas na esfera individual dos cidadãos pelo Estado, e para consecução dos seus fins<sup>378</sup>.

Ou seja, com a invocação da proporcionalidade se está impondo o resguardo do cidadão contra as intervenções indesejadas e abusivas por parte do Estado. Na maioria das situações, há uma intromissão desnecessária na vida privada que vem a causar danos maiores que o indispensável à proteção dos ditos interesses públicos<sup>379</sup>.

A doutrina alemã<sup>380</sup> define o princípio da proporcionalidade como derivado do estado democrático de direito:

*"[...] mandamento da proibição do excesso, como também é designada o princípio, a função de ser imprescindível a racionalidade do estado democrático de direito, já que garante o núcleo essencial dos direitos fundamentais através da acomodação dos diversos interesses em jogo em uma sociedade"*<sup>381</sup>.

---

<sup>373</sup> Michael Schneider FLACH, *As duas faces do princípio da proporcionalidade e as normas penais: entre a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, sob a orientação do Professor Doutor Fábio Roberto D'Avila, Porto Alegre, 2009, p. 232.

<sup>374</sup> No Brasil, o termo "princípio da proporcionalidade" foi empregado, pela primeira vez, no ano de 1993, pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle de constitucionalidade, ao deferir medida liminar de suspensão dos efeitos da Lei paranaense nº 10.248/93, que determinava a obrigatoriedade da presença do consumidor no momento da pesagem de botijões de gás. Tal lei estadual foi julgada inconstitucional através de ADI 855, em março de 2008. O inteiro teor do acórdão encontra-se disponível no site do Supremo Tribunal Federal (<http://www.stf.jus.br>). Conforme Mariângela Gama de Magalhães GOMES, *O princípio da proporcionalidade no Direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 50. Desde então é possível analisar em reiteradas decisões da Corte Suprema Brasileira o uso do referido princípio em matéria criminal.

<sup>375</sup> Grazielle Martha RABELO, *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. [Consult. 22 maio de 2013]. Disponível em: WWW:<[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6990](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6990)>.

<sup>376</sup> Como reforça Cezar Roberto BITENCOURT (in *Tratado de direito penal: parte geral*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 24), "o princípio da proporcionalidade é uma consagração do constitucionalismo moderno".

<sup>377</sup> MULLER apud Paulo BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 357.

<sup>378</sup> Mariângela Gama de Magalhães GOMES (2003), ob. cit., p. 35.

<sup>379</sup> Grazielle Martha RABELO, *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. [Consult. 22 maio de 2013]. Disponível em: WWW:<[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6990](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6990)>.

<sup>380</sup> Ver mais no texto de Anabela LEÃO, disponível em: WWW:<<http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/23932/2/944.pdf>>.

<sup>381</sup> André Ramos TAVARES, *Curso de direito constitucional*. São Paulo, Saraiva, 2002, p. 507.

A pedra de toque é encontrar "o verdadeiro limite de restrição de direitos, sem impor ao indivíduo uma restrição desproporcional a um direito fundamental"<sup>382</sup>. Nesse sentido:

*"[...] o elo entre Direito Penal, Constituição e princípio da proporcionalidade é de elevado relevo, para que, da concepção a aplicação das normas penais, o sistema não se utilize de meios excessivos ou insuficientes no cumprimento das suas obrigações para com os direitos fundamentais"*<sup>383</sup>.

Comungamos da ideia de Rogério Grecco<sup>384</sup> quando afirma ser necessário que se "faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena)". Ademais, o "uso incorreto e abusivo dos instrumentos de política criminal e a inobservância dos princípios limitadores da intervenção penal configuram reprovável violação da proibição de excesso. De onde, não será com o sacrifício de certos direitos que se poderá propiciar o custeio de outros"<sup>385</sup>.

Muito embora o princípio da proporcionalidade seja princípio implícito (não está expresso nas constituições), tanto no Brasil como em Portugal, a sua aplicabilidade pelos tribunais é inconteste, sendo pois verdadeira ferramenta para frear a atuação do Poder Público diante dos direitos fundamentais.

Observamos ao longo do nosso estudo que a pessoa é reconhecida como o centro em torno do qual a legislação de um Estado deve ser elaborada, e qualquer limitação dos direitos dos indivíduos somente será aceita no atual estágio se justificada de forma ponderada com outros valores constitucionais colocados em choque. Além do que a Constituição da República Portuguesa alerta para a incidência de determinados requisitos (cumulativos) para que se autorize e se legitime a limitação de direitos fundamentais, a saber o disposto nos nº 2 e 3 do art. 18º:

*"a) que a restrição esteja expressamente admitida na Constituição (n.º 2, 1ª parte); b) que a restrição vise salvaguardar outro direito ou interesse constitucionalmente protegido (n.º 2, in fine); c) que a restrição exigida por essa salvaguarda, seja apta para o efeito e se limite à medida necessária<sup>120</sup> para alcançar esse objectivo (n.º 2, 2ª parte); d) que a restrição não atinja o núcleo essencial do direito em causa (n.º 3, in fine)"*<sup>386</sup>.

Certo é que os direitos individuais não são absolutos. Consequentemente:

*"[...] sempre que dois ou mais princípios constitucionais são colocados em aparente conflito, é necessário que o intérprete promova uma conciliação adequada. Em decorrência do princípio da unidade constitucional não*

---

<sup>382</sup> Grazielle Martha RABELO, *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. [Consult. 22 maio de 2013]. Disponível em: [WWW:<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6990>](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6990).

<sup>383</sup> Michael Schneider FLACH (2009), ob. cit., p. 230.

<sup>384</sup> Rogério GRECO, *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 77.

<sup>385</sup> Michael Schneider FLACH (2009), ob. cit., p. 232.

<sup>386</sup> Para saber mais sobre a matéria ler em José Joaquim Gomes CANOTILHO; Vital MOREIRA (1993), ob. cit., p. 388.

*podem as normas constitucionais permanecerem em conflito umas com as outras, incumbindo ao intérprete a tarefa de equilibrar os interesses protegidos e de evitar contradições entre princípios constitucionais*<sup>387</sup>.

Prossegue Alexandre Pinto<sup>388</sup>, ao afirmar que "uma norma constitucional não pode ser interpretada de modo absoluto e de forma isolada, devendo se rechaçar excessos e arbítrios, eis que os direitos individuais não podem ser considerados ilimitados, devendo conviver as liberdades harmoniosamente".

Aliás, uma decisão proporcional e razoável é aquela em que o intérprete, leia-se o juiz, pode graduar ou valorar o peso de uma norma:

*"[...] evitando que a mesma provoque um resultado indesejado pelo sistema, buscando a justiça do caso concreto. A nova interpretação constitucional orienta-se por relevantes princípios, que são aplicados através da técnica da ponderação, incumbindo ao intérprete realizar a interação entre o fato e a norma, fazendo escolhas fundamentadas, em observância aos limites ofertados pelo próprio sistema jurídico, na busca da justa solução para a hipótese que se descortina nos autos"*<sup>389</sup>.

Dessa conjectura podemos afirmar que a "proporcionalidade legitima os valores da justiça, pois além de estabelecer critérios valorativos das restrições do direito, propicia um direcionamento na atividade do hermeneuta, tornando-se um importante instrumento de combate às arbitrariedades"<sup>390</sup>.

Luís Paulo Sirvinskas<sup>391</sup> de maneira metafórica discorre sobre a importância da observância do princípio da proporcionalidade: "Feito o diagnóstico, o médico deverá aplicar ao paciente o remédio adequado e na dose exata para extirpar a doença. Se for ministrado remédio inadequado e em dose acima do necessário, poderá levar o paciente a morte ou, se abaixo, tornar-se-ia ineficaz".

Portanto, a restrição de uma liberdade garantida constitucionalmente por um direito fundamental deve ser *necessária, adequada e proporcional* à proteção de um bem jurídico que seja, pelo menos, de igual valor, vez que, partindo do pressuposto de que liberdade é a regra, sua restrição, portanto, deve constituir exceção<sup>392</sup>.

---

<sup>387</sup> Alexandre Guimarães Gavião PINTO, *Conflitos entre o direito à intimidade e à vida privada e o direito à informação, liberdade de expressão e de comunicação. Possíveis soluções. Utilização indispensável do princípio da proporcionalidade*. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 1985, p. 35.

<sup>388</sup> *Idem, ibidem*, p. 36.

<sup>389</sup> Alexandre Guimarães Gavião PINTO (1985), *ob. cit.*, p. 36.

<sup>390</sup> Éden Gonçalves FILGUEIRA, *A proporcionalidade no Direito Penal*. [Consult. 22 Mai 2013]. Disponível em: WWW:<<http://jusvi.com/artigos/1501>>.

<sup>391</sup> Luís Paulo SIRVINSKAS, Princípios penais constitucionais da oportunidade, da moralidade e da proporcionalidade como limitação ao poder punitivo. Revista dos Tribunais, Vol. 802, agosto 2002, p. 461.

<sup>392</sup> Grazielle Martha RABELO, *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. [Consult. 22 maio de 2013]. Disponível em: WWW:<[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6990](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6990)>.

A necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito são, conforme pensamento de Robert Alexy "parcelas" do princípio da proporcionalidade<sup>393</sup>, onde *necessidade* implica dizer se um princípio tem mais ou menos peso em certa situação conforme as circunstâncias da situação tornem o valor que ele tutela ou promove mais ou menos necessário; *adequação* significa dizer que um princípio deve ser aplicado a uma situação quando é adequado para ela; e *proporcionalidade em sentido estrito*, onde "os ganhos devem superar as perdas"<sup>394</sup>.

Com base nos ensinamentos de Alexy podemos em primeiro lugar, extrair que a adequação determina apurar se a decisão normativa limitativa do direito fundamental autoriza o alcance da finalidade almejada, nada mais do que saber se a medida é útil e apropriada para atingir a finalidade perseguida. Em segundo lugar, no que se refere a necessidade, trata-se na verdade de analisar se a medida é a menos gravosa e que tenha um menor grau de restrição ao direito fundamental posto em colisão. E, por último, no que se relaciona a proporcionalidade em sentido estrito se exige a existência de uma reciprocidade razoável entre a relação meio-fim.

Consoante entendimento de Canotilho<sup>395</sup>, "os meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, como objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim". Revelando-se a ideia de medida justa, onde "para se alcançar o fim perquirido, deve-se sopesar as desvantagens dos meios em relação as vantagens dos fins"<sup>396</sup>.

Nas matérias penais o princípio da proporcionalidade desempenha sobremaneira uma importante função, tendo em vista que ele direciona a criação dos tipos. Entende Mariângela Gomes<sup>397</sup> que:

---

<sup>393</sup> Robert ALEXY, *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 161.

<sup>394</sup> Conforme definição de CANOTILHO (*apud* Flavia D'URSO (2004), ob. cit., p. 66 e 67), "*o princípio da exigibilidade, também conhecido como o princípio da necessidade ou da menor ingerência possível coloca a tônica na ideia de que o cidadão tem o direito à menor desvantagem possível. Assim exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adoptar outro meio menos oneroso para o cidadão*". Ainda o autor define adequação, como sendo o subprincípio que "*impõe que a medida adoptada para a realização do interesse público deva ser apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. Consequentemente, a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o acto do poder público é apto para e conforme os fins justificativos de sua adoção [...] Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim*".

<sup>395</sup> *Apud* Wilson Antônio STEINMETZ, *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 152.

<sup>396</sup> Roberta Pacheco ANTUNES, *O princípio da proporcionalidade e sua aplicabilidade na problemática das provas ilícitas em matéria criminal. Jus Navigandi*, Teresina. Ano 11, nº 999, 27 mar. 2006. [Consult. 21 Mai 2013]. Disponível em: WWW:<<http://jus.com.br/revista/texto/8153>>.

<sup>397</sup> Mariângela Gama de Magalhães GOMES (2003), ob. cit., p. 60.

*"[...] por meio de uma criteriosa seleção daquelas condutas que possuem dignidade penal, bem como fundamenta a diferenciação nos tratamentos penais dispensados às diversas modalidades delitivas. Além disso, estabelece limites à atividade do legislador penal e, também, do intérprete, posto que estabelece até que ponto é legítima a intervenção do Estado na liberdade individual dos cidadãos".*

Essa proporcionalidade também é sentida na fixação das penas, tudo em conformidade com o bem jurídico lesado. Ainda é possível sentir a relevância do princípio em comento no que tange às perspectivas processuais penais, *hoc casu*, o nosso primordial objetivo, contexto em que:

*"[...] há um intenso conflito entre os interesses da sociedade (dever dos poderes públicos) e o interesse individual (proteção dos direitos fundamentais). Diante disso, deve haver uma harmonia, ou seja, não é possível permitir sobreposição do interesse estatal na persecução penal (ausência de vedações de meios probatórios), pois caso isso ocorresse, estaríamos diante de um método autoritário que violaria as garantias constitucionais e a dignidade da pessoa humana. Por outro lado, também não é possível haver uma prevalência ilimitada do interesse individual, pois nesse caso, a persecução penal estaria fracassada"*<sup>398</sup>.

A inquietação a ser respondida é no sentido de buscar uma resposta de como o juiz pode conciliar o paradigma da exigência por parte do Estado em investigar e apurar a responsabilização daqueles que transgridem a norma sem contudo, afrontar o direito a privacidade, o direito a presunção da inocência, da dignidade e também da não autoincriminação. Conforme disciplina Lorena Bachmaier Winter<sup>399</sup>:

*"Corresponde al juez, como garante de los derechos fundamentales y de las garantías públicas, decidir en cada caso si, atendiendo a los legítimos intereses de la investigación y de la persecución del hecho delictivo tan relevantes como la intimidad o la libertad individual. Pero no hay relas absolutas o ecuaciones matemáticas para realizar la valoración de la necesidad y proporcionalidad de una medida restrictiva de un derecho fundamental. AL hilo de las decisiones sobre casos concretos el TEDH ha sentado las siguientes pautas".*

Nesse viés sustenta ainda Eugênio Pacelli de Oliveira<sup>400</sup>:

*"[...] que a questão fundamental do processo penal reside na tensão, aparentemente insolúvel, de dois valores (positivados) ou princípios frequentemente em conflito, quais seja, o da segurança pública, com a sua necessária realização na jurisprudência penal, e a tutela das garantias individuais, a ser igualmente efetivada no processo. De um lado então, a necessidade da efetiva aplicação das normas de direito penal, no contexto do controle da criminalidade relevante, e, do outro, a garantia de estreita observância das regras processuais previamente estabelecidas, voltadas para a proteção do indivíduo diante do Estado. É bem de ver que a equação, geralmente emoldurada no binômio segurança pública X liberdade individual, e que busca conciliar a salvaguarda de ambos os interesses legitima-se por si mesma, já que a realização da liberdade individual encontra seu substrato axiológico também na noção de interesse público [...]"*.

Em determinadas ocasiões, como bem aponta o doutrinador acima, encontraremos situações fáticas de colisão de direitos fundamentais "caracterizada por um conflito concreto

<sup>398</sup> Livia de Maman SANGUINÉ, *O Direito de não produzir prova contra si mesmo no direito comparado: nemo tenetur se detegere*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. Ano 18, nº 221, abril 2011, p. 10.

<sup>399</sup> Lorena Bachmaier WINTER, *Investigación criminal y protección de la privacidad en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. 2º Congresso de Investigação Criminal. Coordenação científica Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes. Coimbra: Almedina Editora, outubro 2010, p. 171

<sup>400</sup> Eugênio Pacelli de OLIVEIRA (2002), ob. cit., p. 152.

entre dois valores ou bens em contradição, simultaneamente protegidos pela Constituição"<sup>401</sup>. E nesses casos, apenas uma interpretação sistêmica não é o bastante para harmonizar o ordenamento jurídico-constitucional, necessitando a visão sob os olhos da teoria da proporcionalidade<sup>402</sup>.

Ocorre que, a aplicação dessa teoria não é tarefa das mais simples. De um lado os princípios constitucionais que vedam a utilização de provas obtidas por meios ilícitos, bem como protegem o devido processo legal, sigilo das comunicações, intimidade, e a presunção da inocência e do outro, em verdadeiro atrito as liberdades públicas tais como a persecução penal, a segurança pública e o princípio da busca pela verdade real<sup>403</sup>.

Neste aspecto afirma Luiz Avolio<sup>404</sup>: "O exercício de ações investigatórias pelos órgãos incumbidos da persecução criminal quase inevitavelmente colide com a barreira protetora que as Constituições erigem em torno dos *direitos* da personalidade, nos quais se inclui o *direito* à intimidade, envolvendo a liberdade do homem".

Mas o problema não pára por aqui, nos resta saber como solucionar a contradição no caso concreto, como bem questiona José Carlos Vieira de Andrade "como é que se vai dar solução ao conflito entre bens, quando ambos (todos) se apresentam efectivamente protegidos como fundamentais"?<sup>405</sup>

Até porque a facilidade em que os princípios entram em colisão é decorrente da mobilidade inerente aos direitos fundamentais, eis que os mesmos possuem conteúdos ou limites abertos, assim:

"[...] os direitos colidem porque não estão dados de uma vez por todas; não se esgotam no plano da interpretação in abstracto. As normas de direito fundamental se mostram abertas e móveis quando de sua realização ou concretização na vida social. Daí a ocorrência de colisões. Onde há um catálogo de direitos fundamentais constitucionalizados, há colisões in concreto"<sup>406</sup>.

---

<sup>401</sup> Roberta Pacheco ANTUNES, *O princípio da proporcionalidade e sua aplicabilidade na problemática das provas ilícitas em matéria criminal*. Jus Navigandi, Teresina. Ano 11, nº 999, 27 mar. 2006 . [Consult. 21 Mai 2013]. Disponível em: WWW:<<http://jus.com.br/revista/texto/8153>>.

<sup>402</sup> A proporcionalidade é utilizada como sinônimo de razoabilidade, a única diferença está na origem dos mesmos, já que o princípio da razoabilidade tem raiz no direito anglo-saxão (*Common Law*), como face material da cláusula do *due process of law*, enquanto o princípio da proporcionalidade surgiu a partir da doutrina e jurisprudência alemã (*Civil Law*).

<sup>403</sup> Ver mais em Roberta Pacheco ANTUNES, *O princípio da proporcionalidade e sua aplicabilidade na problemática das provas ilícitas em matéria criminal*. Jus Navigandi, Teresina. Ano 11, nº 999, 27 mar. 2006 . [Consult. 21 Mai 2013]. Disponível em: WWW:<<http://jus.com.br/revista/texto/8153>>.

<sup>404</sup> Luiz Francisco Torquato AVOLIO, *Provas Ilícitas*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 21.

<sup>405</sup> José Carlos Vieira de ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 220.

<sup>406</sup> Wilson Antônio STEINMETZ, *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.63.

Tome-se exemplificativamente, os casos de vedação da utilização das provas ilícitas. Preteritamente neste estudo foi discutido sobre a proibição luso-brasileira referente às provas ilícitas. Mas será que nunca poderemos utilizar uma prova ilícita no processo penal? Se invocarmos a proporcionalidade veremos ser possível a quebra dessa proibição. Senão vejamos: o acusado somente possui uma prova significativa de sua inocência, todavia, essa prova não obedeceu os regramentos materiais para ser obtida. Neste momento amparam a pretensão do acusado, ou pesam a seu favor princípios como a ampla defesa, o contraditório, a liberdade, a presunção da inocência e o da verdade real, o que autorizará a utilização da prova ilícita *pro reo*.

Corroborando estes argumentos, encontramos a doutrina de César Dário Mariano da Silva<sup>407</sup>: "Portanto, se for possível ao acusado demonstrar sua inocência através de uma prova obtida ilicitamente, certamente ela poderá ser utilizada no processo, haja vista a preponderância do direito à liberdade sobre a inadmissibilidade da prova ilícita no âmbito processual". Nesse caso:

*"[...] liberdade e a dignidade da pessoa humana constituem valores insuperáveis, na ótica da sociedade democrática, mas também porque ao próprio Estado não pode interessar a punição de um inocente, o que poderia significar a impunidade do verdadeiro culpado; é nesse sentido, aliás, que a moderna jurisprudência norte-americana tem afirmado que o direito à prova de defesa é superior"*<sup>408</sup>.

Contudo, o contrário já não se evidencia pacífico e correto (conforme entendimento majoritário). Se porventura as provas ilícitas forem utilizadas *pro societate* a proibição incide. Não há como preponderar os direitos da sociedade em detrimento dos direitos individuais/fundamentais, mesmo porque a criação e evolução dos direitos fundamentais se dá exatamente para servir de mecanismo de defesa contra os abusos estatais, uma vez que o Estado é o garantidor dos direitos que ele mesmo erigiu, não pode ele renunciar a padrões éticos mínimos.

As sociedades democráticas de hoje possuem uma efetiva e importante participação do judiciário na construção da interpretação do direito, aquilo que Häberle<sup>409</sup> pregava como "abertura da sociedade de intérpretes". Portanto:

*"[...] a interpretação constitucional é, todavia, uma 'atividade' que, potencialmente, diz respeito a todos. Os grupos [...] e o próprio indivíduo podem ser considerados intérpretes constitucionais indiretos ou a longo prazo. A conformação da realidade da Constituição torna-se também parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes a essa realidade"*.

---

<sup>407</sup> César Dário Mariano da SILVA, *Provas Ilícitas*. 2. ed., São Paulo: Leud, 2002, p. 33.

<sup>408</sup> Marcellus Polastri LIMA, *A Prova Penal*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, *apud* Antônio Magalhães GOMES FILHO (1997), *ob. cit.*, p. 47.

<sup>409</sup> Peter HÄBERLE, *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 24.

Assim, uma nova postura/atitude hermenêutica, que em especial consiga acatar aos anseios sociais, é o que os direitos fundamentais apregoam no Estado de Direito Democrático. Por óbvio que a hermenêutica constitucional portuguesa e brasileira não se encontram deliberadas em uma dogmática acabada, mas se notam consideráveis esforços na edificação de elementos capazes de alicerçar maior eficácia na concretização dos direitos fundamentais. Mesmo porque o esforço do hermeneuta é encontrar o equilíbrio e a harmonia no momento da solução da colisão, visando a decisão mais razoável diante do caso concreto, servindo a proporcionalidade, em última análise como "instrumento da racionalidade da justiça"<sup>410</sup>.

---

<sup>410</sup> Flavia D'URSO (2004), ob. cit.



## CONCLUSÃO

1. As notícias não nos deixam mentir quanto ao aumento descontrolado da criminalidade em diversos países, gerando uma significativa sensação de insegurança por parte das pessoas. O mundo contemporâneo trouxe consigo novas formas de delinquência, com um alto poder organizatório, além de aparatos tecnológicos que desafiam a atuação dos órgãos de segurança pública. Diante desta problemática surge o questionamento de como conciliar o paradigma do respeito pelos direitos do cidadão com a imperiosa necessidade de perseguir a investigação e punição do ilícito. Para tanto, procurou-se no decorrer deste estudo comparado evidenciar o relevante papel desempenhado pelos direitos fundamentais nas terras portuguesas e brasileiras.

Diga-se que após grandes transformações políticas e conquistas sociais, o próprio Estado se modificou, tendo em suas bases um sistema acusatório, apoiado no contraditório, na ampla defesa, na igualdade e na proteção do indivíduo contra os abusos estatais que até então eram características do autoritarismo vivido na época da Inquisição. Nesse sentir, os direitos fundamentais consagrados nos dois textos constitucionais estudados, Brasil e Portugal, revelam o modelo de Estado de Direito Democrático, sobre os quais não só as pessoas devem respeitar e invocar mas principalmente sobre os quais o Estado não pode violar.

2. Dos vários direitos e garantias fundamentais contemplados, o estudo em apreço destacou o direito à reserva da vida privada, e a sua ligação ou aproximação ao direito processual penal. Nesse sentido, observamos que esse direito autoriza um balizamento na conduta do Estado quando da persecução criminal, eis que ao mesmo são impostos limites no agir, não sendo permitido a intromissão indesejada na vida privada dos acusados. E nesse ponto reside a dupla dimensão deste direito fundamental, como sustentam Vieira de Andrade e Canotilho. A dimensão subjetiva de defesa do sujeito contra as intromissões e os abusos estatais, mas também a dimensão objetiva de valores e elementos fundamentais de uma ordem constitucional.

Vimos que quando da ocorrência de uma infração penal surge para o Estado o direito de punir em concreto, devendo o mesmo buscar elementos probatórios para dar suporte a um decreto condenatório. Foi pois importante perceber como os dois países se utilizam de uma investigação criminal prévia ao processo, para o fim de arrecadar elementos probatórios que não raro dependem da anuência do acusado.

3. Daí a importância da consagração de uma série de princípios que trabalhamos no decorrer da pesquisa. Em especial o princípio da não autoincriminação que em nossas conclusões apontamos como verdadeiro fundamento da reserva da vida privada: autorizando ao cidadão colaborar com o Estado se quiser, falar se quiser, entregar material genético se quiser, eis que a ele é dada a máxima de não ser obrigado a produzir prova contra si mesmo.

Acresce a impossibilidade de desconsiderar a importância da presunção da inocência do acusado/arguido. Durante toda a tramitação do processo o Estado deve agir como se o arguido fosse inocente, mas não só o Estado, os demais sujeitos e principalmente a mídia devem ter em mente que não se presume a culpa, e não se pode aceitar no atual estágio vivenciado exposições midiáticas ofensivas contra o acusado. Mesmo porque é necessário transcorrer todo o processo para aí sim o Estado ter a certeza da autoria e da materialidade do delito. Aqui reside fator importante para o Estado, pois quanto maior for o respeito ao princípio citado, maior será o fator de legitimação do processo. Um processo bem conduzido, com provas lícitas, com uma duração razoável e com respeito ao cidadão é fator de contribuição significativa para um decreto condenatório, que corrobora a decisão do ente estatal.

Contudo, embora haja semelhança entre os dois institutos estudados - princípio da não autoincriminação e princípio da presunção da inocência -, notamos sensivelmente que o princípio da não autoincriminação só serve de aproveitamento ao indivíduo, em nada é útil ou favorável ao Estado, muito pelo contrário, pode até lesar o mesmo diante da decisão do acusado de não colaborar. É comum o Estado não conseguir todas as provas de que precisa para condenar, o que inevitavelmente o "força" a absolver (*in dubio pro reo*), porque muitas dessas provas é de iniciativa exclusiva do acusado, e já que ele tem ao seu lado a garantia de não se autoincriminar-se, apenas permanece inerte no processo. Mas claro que, se as provas até então produzidas lhe forem desfavoráveis, ele tem o direito de agir, de contradizer e de buscar provas em seu benefício (incidência do contraditório e da igualdade).

Nesse viés, observamos ser o princípio da não autoincriminação (como é comumente chamado) muito mais um direito do que propriamente um princípio, já que é uma forma de garantia do indivíduo, aproveitando somente a este; ao contrário do que ocorre com o princípio da presunção da inocência.

4. Vimos que no processo penal, pelos bens protegidos, não se autoriza aceitar a mera verdade formal, exige mais do que as partes alegam. O juiz criminal vai além, pois para condenar deve-se ter a certeza e não uma probabilidade do ocorrido. Por isso muitas vezes, os órgãos de segurança pública nessa busca ansiada da verdade acabam atropelando direitos,

violando regras e afetando aquilo que o cidadão tem de mais íntimo e sagrado...sua dignidade. A reserva da vida privada impede pois que o Estado esmague o sujeito, impede a cegueira casual ou proposital deste frente aquele que é sujeito de investigação.

Muito embora haja a necessidade do alcance da verdade para que a paz seja restabelecida, a ordem mantida e o culpado responsabilizado/punido, a *persecutio criminis* não pode desencadear um retrocesso inquisitivo. O Estado quando assume o dever de proteção da sociedade no combate a criminalidade deve ter em mente que também assume o dever de proteção individual daquele submetido a sua investigação. Aqui também paira o limite de sua atuação. É como se construísse uma linha imaginária entre o *dever* e o *poder*. O que sabemos não ser nada fácil, mesmo porque os direitos fundamentais quando colidentes, são, indiscutivelmente os casos de maior dificuldade de serem resolvidos pelo aplicador do direito. "Isto porque o que colidem são direitos fundamentais expressados constitucionalmente, com idêntica hierarquia e força vinculativa, o que torna imperativa uma decisão consoante a unicidade da Constituição, da máxima efetividade dos direitos fundamentais e da concordância prática"<sup>411</sup>.

Para tanto, o meio encontrado para solucionar a tensão existente entre o poder de punir do Estado e o direito da reserva da vida privada, infere-se nas mãos do juiz, do promotor, do policial, ao analisar o caso concreto. Entendemos que essa linha nefrálgica e imaginária deve ser construída, nas vertentes da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

5. Nesta, como em demais tarefas que reclama a real ponderação constitucional é forçosa a conclusão de que a razoabilidade e a proporcionalidade devem ser as metas a serem cumpridas pelo hermenêuta. Dessa forma, a proporcionalidade assegura que não sejam restringidos direitos do particular além do necessário mantendo-se o ato na legalidade, já que ninguém está obrigado a suportar restrições em sua liberdade ou propriedade além do necessário para a satisfação do interesse público<sup>412</sup>.

Por derradeiro, logamos êxito em afirmar que o Brasil assim como Portugal, por serem um Estado Democrático de Direito, baseiam-se na dignidade da pessoa, no respeito e na garantia de uma maior efetivação dos direitos e das liberdades fundamentais de seus cidadãos.

---

<sup>411</sup> ANTUNES, Roberta Pacheco. O princípio da proporcionalidade e sua aplicabilidade na problemática das provas ilícitas em matéria criminal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 999, 27 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8153>>. Acesso em: 21 maio 2013.

<sup>412</sup> Disponível em <http://juspraetorium.blogspot.com.br/2009/08/principios-da-razoabilidade-e.html>, acessado em 22 de maio de 2013.

## BILBIOGRAFIA

- ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *A garantia de não autoincriminação: extensão e limites*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2008.
- ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos Fundamentais. Introdução Geral*. Cascais: Princípia Editora, outubro 2010.
- ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- ALMEIDA, Gabriel Bertin de. *Os limites da presunção no processo penal*. [Consult. 24 Mar 2013]. Disponível em: WWW: <[http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon\\_id=29](http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=29)>.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.
- \_\_\_\_\_. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. edição. Coimbra: Almedina, 2012.
- ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- ANTÓN, Tomás Vives. *El proceso penal de la presunción de inocencia*. JORNADAS DE DIREITO PROCESSUAL PENAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS. Organizadas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e pelo Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados, com a colaboração do Goethe Institut. Coordenação Científica de Maria Fernanda Palma. Coimbra: Almedina Editora, junho 2004.
- ANTUNES, Roberta Pacheco. *O princípio da proporcionalidade e sua aplicabilidade na problemática das provas ilícitas em matéria criminal*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 999, 27 mar. 2006. [Consult. 21 Mai 2013]. Disponível em: WWW: <<http://jus.com.br/revista/texto/8153>>.
- AQUINO, São Tomás. *Suma de Teologia*. 4ª parte. 4. ed., Trad. José Martorell Capó. Espanha: Biblioteca de Autores Cristãos, 2001.
- ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. *Notas sobre a tutela jurisdicional da presunção de inocência e sua repercussão na conformação de normas processuais penais à Constituição Brasileira*. [Consult. 04 Fev 2013]. Disponível em: WWW: <[http://www.ibccrim.org.br/novo/revista\\_liberdades\\_artigo/52-ARTIGO](http://www.ibccrim.org.br/novo/revista_liberdades_artigo/52-ARTIGO)>.
- ARAÚJO, José Osterno Campos. *Verdade real possível no Processo Penal*. [Consult. 24 Mar 2013]. Disponível em: WWW: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2459/Verdade-real-possivel-no-Processo-Penal>>.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- AVELINE, Paulo Vieira. *Segurança Pública como Direito Fundamental*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, sob a orientação do Professor Doutor Ingo Wolfgang Sarlet, Porto Alegre, 2009.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- BAPTISTA, Francisco das Neves. *O mito da verdade real na dogmática do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARBIERO, Louri Geraldo. *O direito constitucional do réu ao silêncio e suas consequências*. Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, Cidadania e Justiça – Direitos humanos: 50 anos depois, Rio de Janeiro: AMB. Ano 2, nº 5, 1998.

BARTOLOMEI, Franco. *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: M. Claret, 2006.

BELLO FILHO, Ney de Barros. *A Dimensão Subjetiva e a Dimensão Objetiva da Norma de Direito Fundamental ao Ambiente*. [Consult. 22 Jan 2013]. Disponível em: WWW:<[http://ambientepleno.com.br/main\\_online\\_frame.php?home=artigos&secao=1&page=/main\\_artigos\\_index.php?PID=195320](http://ambientepleno.com.br/main_online_frame.php?home=artigos&secao=1&page=/main_artigos_index.php?PID=195320)>.

BINATO JÚNIOR, Otávio; RIBEIRO, Gabriela Sanchez; GOUVEIA NETO, Honorato Gomes de. *Novos rumos do direito penal contemporâneo*. [Consult 16 Abr 2013]. Disponível em: WW:<[http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=&ved=0CC4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.itpac.br%2Fhotsite%2Fprevista%2Fartigos%2F51%2F6.pdf&ei=\\_OJvUfm4OIPk8gSUhYDACA&usg=AFQjCNFXVVTcSNqjw87Nxxg-j-ZZxhqa7YuA&sig2=O9DtT2QYBRCiC\\_G8NvypRA&bvm=bv.45368065,d.eWU](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=&ved=0CC4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.itpac.br%2Fhotsite%2Fprevista%2Fartigos%2F51%2F6.pdf&ei=_OJvUfm4OIPk8gSUhYDACA&usg=AFQjCNFXVVTcSNqjw87Nxxg-j-ZZxhqa7YuA&sig2=O9DtT2QYBRCiC_G8NvypRA&bvm=bv.45368065,d.eWU)>.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITTENCOURT, Edgar de Moura. *Crime*. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1973.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOTELHO, Catarina Santos. *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais. Avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional*. Coimbra: Almedina Editora, janeiro 2010.

BRIÃO, Roberta Fussieger. *Os poderes instrutórios do juiz e a busca da verdade real no processo civil moderno*. [Consult. 24 Mar 2013]. Disponível em: WWW:<<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/PODERES%20INSTRUTORIOS%20DO%20JUIZ%20E%20A%20BUSCA%20DA%20VERDADE%20REAL%20-%20Roberta%20Fussieger%20Bri%C3%A3o.pdf>>.

BRUTTI, Roger Spode. *A ilegitimidade da divulgação de escutas telefônicas durante o trâmite da persecutio criminis*. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. Vol. 1, nº 1. Porto Alegre: Síntese, abril/maio 2000.

CABRAL, Bruno Fontenele. *Direito comparado: os órgãos de segurança pública e a persecução criminal no Brasil e nos Estados Unidos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, nº 2150, 21 maio 2009. [Consult. 25 Mar 2013]. Disponível em: WWW:<<http://jus.com.br/revista/texto/12905/direito-comparado-os-orgaos-de-seguranca-publica-e-a-persecucao-criminal-no-brasil-e-nos-estados-unidos>><<http://jus.com.br/revista/texto/12905>>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa - Anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARNELUTTI, Francesco. *Verità, dubio e certezza*. In: Rivista di Diritto Processuale, volume XX (II série), 1965.

CARVALHO, Paula Marques. *Manual prático de processo penal*. 4. ed. Lisboa: Almedina Editora, Junho, 2008.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. *A supremacia dos direitos fundamentais no Estado Constitucional*. [Consult. 31 Jan 2013]. Disponível em: WWW:<[http://www.conpedi.org.br/anais/36/15\\_1065.pdf](http://www.conpedi.org.br/anais/36/15_1065.pdf)>.

CORREIA, Fabrício da Mata. *O Mito da Verdade Real*. [Consult. 24 Mar 2013]. Disponível em: WWW:<<http://atualidadesdodireito.com.br/fabriciocorrea/2013/01/18/o-mito-da-verdade-real/>>.

CORREIA, João Conde. *A distinção entre prova proibida por violação dos direitos fundamentais e prova nula numa perspectiva essencialmente jurisprudencial*. Revista do CEJ, nº 4. Estudos Apontamentos Vida CEJ. Coimbra, 1º semestre 2006.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Direito Constitucional Aplicado. Viver a Constituição, a Cidadania e os Direitos Humanos*. Lisboa: Quid Juris, 2007.

DELFINO, Rafael Miguel. *O processo penal no estado constitucional brasileiro. Um instrumento de tutela de dignidades (art. 1º, III, CF/88)*. [Consult. 16 Abril 2013]. Disponível em: WWW:<<http://jus.com.br/revista/texto/11745/o-processo-penal-no-estado-constitucional-brasileiro>>.

DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. *O Direito à não autoinculpação (Nemo tenetur se ipsum accusare) no Processo Penal e Contraordenacional Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

DIAS, Augusto Silva. *Direito Processual Penal*. Lições coligidas por Maria João Antunes, Secção de Textos da FDUC, 1988-9.

\_\_\_\_\_. *Clássicos jurídicos – Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974 – Reimpressão 2004.

DIAS, Augusto Silva; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova. Estudos sobre o mercado de valores imobiliários*. Coimbra: Almedina Editora, fevereiro 2009.

DIAS, Pedro Branquinho Ferreira. *O Dano Moral na Doutrina e na Jurisprudência*. Coimbra: Almedina, março/2001.

D'URSO, Adriana Duarte de Carvalho. *A Proibição Constitucional da Auto-Incriminação*. [Consult. 27 Abr 2013]. Disponível em: WWW:<<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/464/458>>.

D'URSO, Flavia. *O princípio consitucional da proporcionalidade como hermenêutica no processo penal*. Insituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. Ano 11, nº 136, março 2004.

FERNANDES, Hélène Marine. *O Direito Penal do Inimigo: Reconfiguração do Estado de Direito? Dissertação de Mestrado em Direito (Ciências Jurídico-Políticas)*, pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto, sob a orientação da Doutora Luísa Neto, julho de 2011.

FENDT, Roberto. *Wilhelm Von Humboldt. Os limites da ação do Estado*. [Consult. 16 Abr 2013]. Disponível em: WWW:<<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:BxDafYzcnaEJ:www.institutoliberal.org.br/conteudo/download.asp%3Fcdc%3D2475+Roberto+Fendt+os+limites+de+atua&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

\_\_\_\_\_. *Derecho y Rázon - teoria del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. 2. ed. Madri: Trotta, 1997.

FERRARI, Rafael. *O princípio da presunção de inocência como garantia processual penal*. [Consult. 31 Mar 2013]. Disponível em: WWW:<[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11829](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11829)>.

FILGUEIRA, Éden Gonçalves. *A proporcionalidade no Direito Penal*. [Consult. 22 Mai 2013]. Disponível em: WWW:<<http://jusvi.com/artigos/1501>>.

FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 6. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com o Código Civil de 2002. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FLACH, Michael Schneider. *As duas faces do princípio da proporcionalidade e as normas penais: entre a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, sob a orientação do Professor Doutor Fábio Roberto D'Avila, Porto Alegre, 2009.

FLORIAN, Eugenio. *Elementos de Derecho procesal penal*. Trad. L. Prieto Castro. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1933.

FONSECA, Adriano Almeida. *O princípio da presunção de inocência e sua repercussão infraconstitucional*. [Consult. 04 Fev 2013]. Disponível em: WWW:<<http://jus.com.br/revista/texto/162/o-principio-da-presuncao-de-inocencia-e-sua-repercussao-infraconstitucional>>.

FURTADO, Renato de Oliveira. *Presunção de inocência e ônus da prova penal*. Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Ano 50, nº 297, julho 2002.

GARCÍA, Clemente; GOMES, Andrés García. *Colision entre El derecho a La intimidad y El derecho a La informacion y opinion: Su proteccion jurídica*. Murcia: Belmar, 1994.

GASPAR, Jorge. *Titulariedade da Investigação Criminal e Posição Jurídica do Arguido*. Separata da Revista do Ministério Público, nº 87/88. Lisboa, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de direito penal e processual penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

\_\_\_\_\_. *Provas Ilícitas: Conceito e Inadmissibilidade – Lei nº 11.690/2008*. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre: Magister, 2004.

\_\_\_\_\_. *Princípio da não autoincriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência*. [Consult. 06 Mai 2013]. Disponível em: WWW:<<http://www.lfg.com.br> 26 janeiro. 2010>.

\_\_\_\_\_. *Limites do “Jus Puniendi” e bases principiológicas do garantismo penal*. [Consult. 18 Abr 2013]. Disponível em: WWW:<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13513-13514-1-PB.pdf>>.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

\_\_\_\_\_. *O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*. Revista do Advogado. AASP, nº 42, abril de 1994.

GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. *A prisão preventiva e as restantes medidas de coacção. A providência do habeas corpus em virtude de prisão legal*. Coimbra: Almedina Editora, novembro 2003.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal – O processo em sua unidade*. São Paulo: Saraiva, 1978.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GUEDES, Clarissa Diniz. *Presunção de inocência, liberdade de expressão e direito à informação: reflexos à luz da jurisprudência ao Tribunal Europeu de Direitos do Homem e da Corte Americana de Direitos Humanos*. Revista Forense. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *O Princípio contra a autoincriminação e seus reflexos em âmbito tributário*. Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região. Vol. 1, nº 1. Brasília, 1989.

HOMEM, António Pedro Barbas. *O que é o direito?* Lisboa: Principia Editora. Reimpressão, Janeiro de 2007.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

KANT, Immanuel. *Sobre um suposto direito de mentir por amor à Humanidade*. Trad. Artur Mourão. Lisboa, 1997.

LEÃO, Anabela. Disponível em: WWW:<<http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/23932/2/944.pdf>>.

LEAL, João José. *Controle jurídico-administrativo da embriaguez ao volante e o princípio da não-auto-incriminação: estudo crítico da Resolução 206/2006 do CONTRAN*. Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Ano 55, nº 354. São Paulo: Editora Fonte do Direito, abril de 2007.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Autolimitação do direito à privacidade*. Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC. Ano 9, vol. 34. Rio de Janeiro: Editora Padma, abril a junho de 2008.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos de instrumentalidade garantista)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Lumen Juris. 2009.

\_\_\_\_\_. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Jónatas E. M.; RAPOSO, Vera L.C. *O Direito à não autoincriminação e as pessoas colectivas empresariais*. Direitos Fundamentais e Justiça. Ano 3, nº 8. Porto Alegre: HS Editora LTDA, julho/setembro 2009.

MACHADO, Luiz Alberto. *A presunção constitucional de inocência*. Faculdade de Direito de Curitiba. Ano 27, nº 27, 1992/1993.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. 2. ed. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2001.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo III. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952.

MARQUES, Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol. II. São Paulo: Bookseller, 1998.



MARQUES, José Frederico Marques. *Tratado de Direito Processual Penal*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1980.

MASCARENHAS, Paulo. *Manual de Direito Constitucional*. Salvador, [S.n], 2010.

MELO, Valber; FARIA, Fernando Cesar; VARANDA, Thiago Ramos. *O tratamento constitucional da inocência: presunção ou estado, princípio ou regra?* Revista da Bonijuris. Ano XXII, nº 565, dezembro 2010.

MELLO, Carla Gomes de. *Mídia e crime: liberdade de informação jornalística e presunção de inocência*. [Consult. 24 Fev 2013]. Disponível em: WWW:<<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/download/7381/6511>>.

Gilmar Ferreira MENDES, *Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 10, p. 2, jan. 2002. [Consult. 30 Jan 2013]. Disponível em: WWW:<<http://www.direitopublico.com.br>>.

MENDES, Paulo de Sousa. *As proibições de prova no processo penal*, in JORNADAS DE DIREITO PROCESSUAL PENAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS. Organizadas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e pelo Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados, com a colaboração do Goethe Institut. Coordenação Científica de Maria Fernanda Palma. Coimbra: Almedina Editora, junho 2004.

\_\_\_\_\_. *As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*. Lisboa: Almedina, Revista de Concorrência e Regulação – Ano I, nº 1 – Janeiro-Março, 2010.

MINAGÉ, Thiago M. *O significado da "verdade real" no processo penal e suas consequências e limites interpretativos*. Boletim Informativo do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal - IBRASPP. Ano 02, nº 02, 2012.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo Penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I, Direitos Fundamentais. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, Direitos Fundamentais. 4. edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MIRZA, Flávio. *Processo justo: o ônus da prova à luz dos princípios da presunção de inocência e do in dubio pro reo*. Revista Eletrônica de Direito Processual, Volume V. [Consult. 19 Fev 2013]. Disponível em: WWW:<<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-v/processo-justo-o-onus-da-prova-a-luz-dos-principios-da-presuncao-de-inocencia-e-do-in-dubio-pro-reo/>>.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 5. ed. Coleção Temas Jurídicos. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAIS, André de Oliveira. *Presunção de inocência versus Segurança Pública: Análise do julgamento do HC 84.078-7 pelo STF*. [Consult. 04 Fev 2013]. Disponível em: WWW:<[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8915](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8915)>.

MOUTINHO, José Lobo. *Arguido e Imputado no Processo Penal Português*. Universidade Católica. Lisboa: Editora Lisboa, 2000.

NETO, Luísa. *O Direito Fundamental à disposição sobre o próprio corpo (A relevância da vontade na configuração do seu regime)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

\_\_\_\_\_. *Novos Direitos ou novo(s) objecto(s) para o direito*. Porto: U. P Editorial, 2010.

NIKITENKO, Viviani Gianine. *Aspectos do princípio da presunção de inocência e do princípio in dubio pro reo*. [Consult. 04 Fev 2013]. Disponível em: WWW:<<http://jus.com.br/revista/texto/8513/aspectos-do-principio-da-presuncao-de-inocencia-e-do-principio-in-dubio-pro-reo>>.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira Nobre. *O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana*. Revista de Informação Legislativa. jan./mar. 2000. [Consult. 09 Mar 2013]. Disponível em: WWW:<[www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)>.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *Código Penal Comentado*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. *Manual de processo penal e execução penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *O Supremo e as garantias processuais: verdades, mentiras e outras indagações*. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos. Vol. 8. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

\_\_\_\_\_. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

OLIVEIRA FILHO, Heider Fiuza de. *Princípio da Verdade Real no Processo Penal*. [Consult. 24 Mar 2013]. Disponível em: WWW:<<http://pt.scribd.com/doc/24959904/PRINCIPIO-VERDADE-REAL>>.

PATRÍCIO, Rui. *O Princípio da Presunção da Inocência do arguido na fase do julgamento no actual processo penal português*. Alguns problemas e esboço pra reforma do processo penal português. Associação Acadêmica. Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa, 2000.

PIMENTEL, José Eduardo de Souza. *O princípio da dignidade da pessoa humana no processo penal*. [Consult. 17 Abr 2013]. Disponível em: WWW:<<http://www.reid.org.br/?CONT=00000172>>.

PINTO, Paulo Mota. *O Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*. Estudos nos Cursos de Mestrado. Boletim da Faculdade de Direito. Volume LXIX. Separata. Universidade de Coimbra. Coimbra, 1993.

PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. *Conflitos entre o direito à intimidade e à vida privada e o direito à informação, liberdade de expressão e de comunicação. Possíveis soluções. Utilização indispensável do princípio da proporcionalidade*. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 1985.

PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. *Considerações sobre a tutela da intimidade e vida privada no processo penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 7, nº 26, São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho 1999.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. *Derecho penal: parte general*. 5. ed. Barcelona: Tecfoto, 1998.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio Nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)*. São Paulo: Saraiva, 2003.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais. Teoria Geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, julho 2010.

RABELO, Grazielle Martha. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. [Consult. 22 Mai 2013]. Disponível em: WWW:<[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6990](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6990)>.

RIBEIRO, Claudio Stábile. *A proteção à vida privada como direito fundamental*. Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá. Universidade de Cuiabá – UNIC. Faculdade de Direito. Vol. 4, nº 1, Cuiabá: Edunic, janeiro/junho 2002.

- RISTORI, Adriana Dias Paes. *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório no Processo Penal Português*. Coimbra: Almedina Editora, junho 2007.
- RODRIGUES, Reinaldo. *(Re) pensando o Sistema Processual Penal Brasileiro II (Limites de atuação do Estado)*. [Consult. 16 Abr 2013]. Disponível em: WWW:<<http://www.mtaquionline.com.br/artigos/2013/01/28/re-pensando-ossistema-processual-penal-brasileiro-ii-limites-de-atua%C3%A7%C3%A3o-do-estado>>.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- SAMPAIO JÚNIOR, Denis A. *Presunção da Inocência versus controle social: “um desabafo”*. Revista de Direito da Defensoria Pública. Ano 16, nº 19, abril de 2004, Rio de Janeiro, 2004.
- SANGUINÉ, Livia de Maman. *O Direito de não produzir prova contra si mesmo no direito comparado: nemo tenetur se detegere*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. Ano 18, nº 221, abril 2011.
- SARDINHA, José Miguel. *O terrorismo e a restrição dos direitos fundamentais em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal*. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.
- SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- SAVATIER, René. *Traité de La responsabilité civile em droit français*. 2. ed, tomo II, nº 525. Paris: Librairie Générale de Droit ET de Jurisprudence, 1951.
- SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Sistema constitucional das crises: os direitos fundamentais face a situações extremas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.
- SCHREIBER, Simone. *O Princípio da Presunção da Inocência*. Distrito Federal: Revista da AJUFE. Brasília, DF, vol. 23, nº 82, outubro 2005.
- SILVA, César Dário Mariano da. *Provas Ilícitas*. 2. ed., São Paulo: Leud, 2002.
- SILVA, Edimar Carmo da. *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: A restrição de direitos como tutela penal e o devido processo legal*. [Consult. 22 Jan 2013]. Disponível em: WWW:<[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7512](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7512)>.
- SILVA, Germano Marques da. *Princípios gerais do processo penal e Constituição da República Portuguesa*. Direito e Justiça. Vol. III, 1987-1988.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Processo Penal I*. Lisboa: Editora Verbo, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Processo Penal II*. Lisboa: Editora Verbo, 1993.
- SILVA, José Afonso da. *Parecer sobre a possibilidade do Ministério Público presidir a investigação criminal*. [Consult. 26 Fev 2013]. Disponível em: WWW:<<http://www.folhadodelegado.jex.com.br/artigos+de+outros+autores/parecer+do+prof+essor+jose+afonso+da+silva+sobre+a+possibilidade+do+ministerio+publico+presidir+investigacao+criminal>>.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Comentário contextual a Constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2006.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *Direitos Fundamentais*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. Ano 11, nº 22. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/dezembro 2008.

SILVA, Rodrigo Vaz. *Garantia da não autoincriminação*. [Consult. 17 Dez 2012]. Disponível em: WWW:<[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8467](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8467)>.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Princípios penais constitucionais da oportunidade, da moralidade e da proporcionalidade como limitação ao poder punitivo*. Revista dos Tribunais, vol. 802, agosto 2002.

SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, Willian. *Manual de processo penal constitucional – pós reforma de 2008*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. *Processo Penal: sistemas e princípios*. Curitiba: Juruá, 2003.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. 10. ed. Vol. I, São Paulo: Saraiva, 2007.

TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. *Direito a não autoincriminação e direito ao silêncio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TUCCI, Rogerio Lauria. *Da Ação do Processo Civil na Teoria e na Prática*. São Paulo: Saraiva, 1978.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Regime Jurídico da Investigação Criminal – Comentado e Anotado*. Coimbra: Almedina Editora, setembro 2003.

VEIGA, Raul Soares da. *O juiz de instrução e a tutela de direitos fundamentais*. In JORNADAS DE DIREITO PROCESSUAL PENAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS. Organizadas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e pelo Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados, com a colaboração do Goethe Institut. Coordenação Científica de Maria Fernanda Palma. Coimbra: Almedina Editora, junho 2004.

VILELA, Alexandra. *Considerações acerca da Presunção da Inocência em Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

WERMUTH, Maiquel Ângelo. *A dimensão desumana do Direito Penal Brasileiro contemporâneo: a utilização do medo como instrumento de controle social e disciplinamento das classes populares*. [Consult. 27 Abr 2013]. Disponível em: WWW:<<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/33260/public/33260-42322-1-PB.pdf>>.

WINTER, Lorena Bachmaier. *Investigación criminal y protección de la privacidad en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. 2º Congresso de Investigação Criminal. Coordenação científica Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes. Coimbra: Almedina Editora, outubro 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. 5. ed. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2003.